Die Ausgleichung unter Mitbürgen, Drittverpfändern und dritten Hypothekenbestellern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Walther Klotz
Referendar
aus Lüneburg.

Berlin
Juristische Verlagsbuchhandlung Dr. jur. Frensdorf
1913

Referent:
Professor Dr. F. Mendelssohn-Bartholdy.

Meinen lieben Eltern

Oberbürgermeister Klotz und Frau,
Johanna geb. Eiben

in Dankbarkeit zugeeignet.

Der Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549803_0090

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung:

§ 1. Ziel der Arbeit 9
§ 2. Rückgriff des Bürgen 10
§ 3. Rückgriff des Drittverpfänders 10

I. Teil. Ausgleichung unter Mitbürgen.

A. Stellung des einzelnen Bürgen zum Gläubiger.

§ 4. Berechtigung des Bürgen zur Zahlung 12
§ 5. Uebergang der Forderung auf den Bürgen 14

B. Stellung der Mitbürgen zum Gläubiger.

§ 6. Gesamtschuldnerische Haftung der Mitbürgen 15
§ 7. Verhältnis der §§ 769 u. 423 zu § 776. Bestimmungen der §§ 769 i. V. m. 422 bis 424 17

C. Stellung der Mitbürgen zueinander.

§ 8. Verhältnis des § 769 zu § 774 Abs. 2 18
§ 9. Verhältnis des § 774 Abs. 2 zu § 774 Abs. 1 19
§ 10. Bestimmungen des § 426 20
§ 11. Spaltung der Forderung 21
§ 12. Ausgleichungspflicht kraft Gesetzes 22
§ 13. Berechnung der Quote 24
§ 14. Wirkungen des § 776 26
§ 15. Uebergang der Teilforderung bei Teilleistung 27
§ 16. Ausgleichungsmöglichkeit bei Haftung zu verschiedenen Höchstbeträgen 30

II. Teil. Ausgleichung unter Drittverpfändern.

§ 17. Berechtigung zur Zahlung 34
§ 18. Uebergang der Forderung 35
§ 19. Wie ist die Bezugnahme des § 1225 auf § 774 zu erklären? Gegner des Gesetzestextes 36
§ 20. Befürworter des Gesetzestextes 38
§ 21. Erklärungsversuche für die Bezugnahme 41
§ 22. Haftung der Pfandstücke für bestimmte Höchstbeträge . . 44
§ 23. Unmaßgeblichkeit des Pfandwertes für die Ausgleichung . 45
§ 24. Kein Uebergang des Pfandrechtes bei Teilbefriedigung . . 47
§ 25. Drittverpfänder und Eigentümer sind verschiedene Personen 49

III. Teil. Ausgleichung unter Dritthypothekenbestellern.

§ 26. Allgemeines 51
§ 27. Bestimmungen des § 1143 52
§ 28. Bestimmungen des § 1173 Abs. 1 53
§ 29. Regelung des Ausgleichs durch § 1173 Abs. 2 54
§ 30. Ansichten der Literatur 56

Seite
§ 31. Eigene Ansicht 58
§ 32. Rückgriff und Ausgleichung im Falle der Zwangsvollstreckung 60

IV. Teil. **Ausgleichung unter ungleichartigen Sicherern.**

§ 33. Allgemeines 62
§ 34. Prüfung der Ausführungen Strohals über den Bürgenschutz im allgemeinen 63
§ 35. Strohal über § 1256 Abs. 2 66
§ 36. Anhänger Strohals 69
§ 37. Lippmann über § 776 69
§ 38. Abrahamsohn über die Ausgleichung 72
§ 39. Planck und Breit 73
§ 40. Bendix und Cohn 75
§ 41. Eigene Ansicht 76

Anhang: Wirtschaftliche Begründung.

§ 42. Bürgschaft und Pfandbestellung als Unterarten des Kredits. Dessen volkswirtschaftliche Bedeutung 78
§ 43. Vorteile und Nachteile des Kredits 80
§ 44. Ausgleichung unter Drittkreditgebern 82

Vorbemerkung: Eine Bezugnahme auf Seiten oder Paragraphen des Textes ist durch den Buchstaben „T." angedeutet.

Literaturverzeichnis.

Abrahamsohn, Die rechtliche Stellung des Drittverpfänders und Bürgen auf Grund der Einlösungszahlung. Diss. Freiburg 1905.

Bendix, Zur Lehre von dem gesetzlichen Uebergange der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen. Arch. f. bürg. Recht Bd. 25, Heft 1. 1904 S. 84 ff.

Biermann, Kommentar zum BGB. Das Sachenrecht. 2. Aufl. 1903.

Boethke, Die Mitbürgschaft von Dr. H. Kremer, Besprechung in Gruchots Beiträgen. 47. Jahrg. 1903. Heft 6. S. 857 ff.

Breit, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB. Gruchots Beitr. 48. Jahrg. 1904. Heft 2/3. S. 283 ff.

Bruck, Die Eigentümerhypothek. 1903.

Cohn, Ueber das Verhältnis des Drittverpfänders zum Gläubiger und zum Bürgen. Jurist. Wochenschr. 35. Jahrg. 1906, Nr. 13, S. 410 ff.

Conrades, Bürgschaft und Aufrechnung. „Recht." 7. Jahrg. 1903, Nr. 12, S. 308.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts. I. Band: Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen. V. Aufl. 1910.

Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts.
Band II: Recht der Schuldverhältnisse. 1902.
Band III: Rechte an Sachen und Rechten. 1905.

Dähne, Der Rückgriff des Bürgen und dritten Pfandeigentümers gegen den Hauptschuldner und der Rückgriff zwischen Bürgen und dritten Pfandeigentümern untereinander nach BGB. Diss. Leipzig 1907.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens.
Band II: Die Schuldverhältnisse. 1. u. 2. Abt. 1899 u. 1901.
Band III: Das Sachenrecht. 2. Aufl. 1901.

Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen. 1909.

Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts.
Band I: Einleitung, Allg. Teil u. Recht d. Schuldverh. 8. Aufl. 1903.
Band II: Erste Abt.: Sachenrecht. 8./9. Aufl. 1905.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen. 8. Aufl. 1909.

Koban, Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österr. und deutschem Recht. 1904.

Kohler, Lehrbuch des bürgerl. Rechts II. Vermögensrecht. 1. Teil: Schuldrecht. 1906.

Kremer, Die Mitbürgschaft mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld. 1902.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. II. Aufl. I. 1903.

Lippmann, Der Streit um das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder bei Insolvenz des Hauptschuldners. Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt. Band 51. 3. Heft. 1904. S. 180 ff.

Löwenherz, Die Verfügungen in Grundbuchsachen. 1904.

Martinius, Entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 im Falle des § 1225 BGB. Deutsche Juristenzeitung 1903. Nr. 23, S. 543 f.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 5. Aufl. 1910.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. für das Deutsche Reich. III. Bd.: Sachenrecht.
Neumann, Handausgabe des BGB. für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1900.
Oertmann, BGB.: Das Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. 1910.
Planck, BGB. nebst Einführungsgesetz.
Band II: Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. 1907.
Band III: Sachenrecht. 3. Aufl. 1906.
Reichsgerichtsräte, Kommentar des BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Herausgegeben von Reichsgerichtsräten. I. Band: Allgemeiner Teil. Recht der Schuldverhältnisse. Sachenrecht.
Schulz, Rückgriff und Weitergriff. In Leonhards Studien zur Erläuterung des Bürgerl. Rechts. Heft 21. 1907.
Sellner, Zur Auslegung des § 1225 BGB. Im „Recht." 8. Jahrg. 1904. Nr. 18, S. 477.
Sievers, Bürgschaft und Aufrechnung. Im „Recht" 7. Jahrg. 1903. Nr. 10, S. 249 ff.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB. und dem Einführungsgesetz.
II. Band: Recht der Schuldverhältnisse I. u. II. Teil. 5./6. Aufl. 1910.
III. Band: Sachenrecht. 7./8. Aufl. 1912.
Sternberg, Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung. Gruchots Beitr. 52. Jahrg. 1908. Heft 4/5, S. 545 ff.
Strohal, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB. Deutsche Juristenzeitung. 1903. Nr. 16/17, S. 373 ff.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht.
Band I: Das Sachenrecht des BGB. 3. Aufl. 1906.
Weinberg, Erläuterung des § 774 BGB. Diss. Jena 1908.

Speziell für den Anhang:

Cohn, Ueber Wesen und Wirkungen der Kreditgeschäfte. Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. Tübingen. 24. Jahrg. (68), Heft 3/4, S. 572 ff.
Conrad, Grundriß zum Studium der politischen Oekonomie. 7. Aufl. 1910.
Mac Culloch, Dictionary of commerce and commercial navigation. Art. Credit. London 1854.
Mill, John Stuart, Principles of Political economy. London 1878.
v. Philippovich, Grundriß der politischen Oekonomie. 9. Aufl. 1911.
Pohlmann-Hohenaspe, Laienbrevier der National-Oekonomie. Leipzig 1908.
Roscher, Grundlagen der Nationalökonomie. 24. Aufl. (Pöhlmann.) 1906.
Roesler, Grundsätze der Volkswirtschaftslehre. Rostock 1864. S. 255 ff.
Schäffle, Bourgeois- und Arbeiter-Nationalökonomie. Deutsche Vierteljahrsschr. Nr. 106 II. Abt. 1864. S. 245 ff., bes. IV S. 285—327.
v. Schanz, Art. Kredit im Wörterb. d. Volkswirtsch.; herausg. v. Elster. 3. Aufl. 1911.
Schmoller, Grundriß der allgem. Volkswirtschaftslehre. II. Teil. 1.—6. Aufl. 1904.
Wagner, Lehr- und Handbuch der polit. Oekonomie. Erste Hauptabt. 3. Aufl. Erster Teil. 1892.

Einleitung.

§ 1.
Ziel der Arbeit.

Die Ausgleichung unter mehreren Sicherungspflichtigen, eine in der Literatur äußerst bestrittene Frage, soll im folgenden untersucht werden.

Es handelt sich nicht nur darum, zu prüfen, wer unter mehreren gleichartigen Sicherungspflichtigen für eine fremde Schuld (Mitbürgen, mehreren Drittverpfändern beweglicher oder unbeweglicher[1]) Sachen), untereinander die Last der Schuld zu tragen hat, und wie sich deren Ausgleichungspflicht darstellt, sondern es kommt uns auch darauf an, eine befriedigende Lösung für die Frage zu finden, wie diese Ausgleichung bei mehreren ungleichartigen Sicherungspflichtigen sich gestaltet.

Die Möglichkeit und praktische Notwendigkeit eines derartigen Falles kann man sich unschwer vorstellen. — Der Gläubiger, dem Schuldner und Bürgen nicht kreditfähig genug erscheinen, ist mit der einfachen Bürgenverpflichtung nicht zufrieden, er will noch eine weitere Sicherung; von einer der beteiligten Personen wird daher jemand veranlaßt, ein Pfand für den Hauptschuldner zu stellen. Oder der Dritte erbietet sich freiwillig zu der Sicherung, weil er ein Interesse daran hat, daß der Schuldner das Darlehen usw. bestimmt und sofort erhält; oder gar der Bürge wünscht eine weitere Sicherung. Es ist aber nicht einmal vorausgesetzt, daß Bürgen, Drittverpfänder usw. etwas voneinander wissen, die Sicherungen können, wie des näheren darzulegen sein wird, völlig unabhängig von einander bestellt werden.

Sollte nun einer der Bürgen oder Drittverpfänder den Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt haben, so entsteht einmal die Frage, in welchem Umfange er gegen den Schuldner Regreß nehmen kann,

---

1) Ersteren, den Besteller eines Pfandes für fremde Schuld, wollen wir im folgenden immer mit „Drittverpfänder" bezeichnen, während wir letzteren, also den Besteller einer Hypothek für die Schuld des persönlichen Schuldners, nur dann „Drittverpfänder" nennen wollen, wenn keine Verwechslungen entstehen können.

dann aber auch, ob und in welchem Umfange er sich bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners an den oder die anderen Mithaftenden halten kann.

Dies soll nun im folgenden untersucht werden.

§ 2.
Rückgriff des Bürgen.

Nehmen wir an, der Bürge B., der neben einem anderen Sicherungspflichtigen (dem Dritthypothekenbesteller H. oder dem Drittverpfänder P.) für die Schuld des Hauptschuldners S. haftete, hätte den Gläubiger G. befriedigt. Nach § 774 geht dann die Forderung des G. gegen den S. auf B. über. Da nach § 412 auf die Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes, die ja hier in Betracht kommt, die Vorschriften der §§ 399—404, 406—410 entsprechende Anwendung finden, gehen nach § 401 mit der übergegangenen Forderung die Hypotheken- oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über.

Nach § 774,1 i. V. m. §§ 412, 401 gehen daher auf B., wenn er den G. befriedigt, mit der Forderung gegen den S. auch die für diese bestehenden Nebenrechte, also die Pfandrechte an den beweglichen oder unbeweglichen Sachen des Schuldners oder eines Dritten und auch die anderen Bürgschaften über.

§ 3.
Rückgriff des Drittverpfänders.

Wie gestaltet sich nun die Sachlage, wenn nicht B., sondern H. oder P. den G. befriedigt?

§ 1225,1 S. 1 lautet: „Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über."

Entsprechendes bestimmt § 1143,1 S. 1 für den dritten Hypothekenbesteller.

Nach § 1225,1 S. 1 und § 1143,1 S. 1 erhalten wir dem Hauptschuldner gegenüber dasselbe Ergebnis wie in § 774,1 S. 1: Der den Gläubiger befriedigende Drittverpfänder erwirbt die Forderung gegen den Hauptschuldner kraft gesetzlichen Uebergangs der Forderung.

Einem anderen Sicherungspflichtigen gegenüber gilt folgendes: Nach § 1225,1 i. V. m. §§ 412, 401, bezw. § 1143,1 i. V. m. §§ 412, 401 gehen mit der übergegangenen Forderung die Hypotheken- oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger (hier: den Drittver-

pfänder) über. P. kann in diesem Falle also gegen B. wie gegen H. in vollem Umfange Regreß nehmen, dasselbe kann H. gegen B. oder P., wenn er leistet.

Wie verhalten sich diese Ergebnisse zueinander? Sind sie zu verteidigen, ergeben sie Widersprüche, oder müssen noch andere gesetzliche Bestimmungen herangezogen werden, um eine gerechte und zufriedenstellende Lösung zu gewinnen?

Das ist die in der Literatur so strittige Frage, an deren Beantwortung herangegangen werden soll.

I. Teil.

Ausgleichung unter Mitbürgen.

A. Stellung des einzelnen Bürgen zum Gläubiger.

§ 4.

Berechtigung des Bürgen zur Zahlung.

Unter den gleichartigen Sicherungspflichtigen wollen wir zunächst das Verhältnis der Mitbürgen zueinander prüfen. Vorher sei aber die Stellung des einzelnen Bürgen zum Gläubiger kurz berührt.

Sehr wichtig erscheint uns zunächst die Frage, ob ein Bürge zur Befriedigung des Gläubigers *berechtigt* ist und ob er ihn sogar zur Annahme der Leistung zwingen kann.

U. E. ist diese Frage schon nach § 267 zu bejahen. Hiernach kann ein Dritter[1]) die Leistung bewirken, wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat. Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich (§ 267,1 S. 2). Ob der Dritte ein besonderes Interesse an der Leistung hat, ist noch nicht einmal vorausgesetzt. Der Gläubiger kann nach § 267,2 die Leistung nur dann ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht; er *braucht* dies also noch *nicht* einmal zu tun. Ist demnach mit der Leistung des Dritten entweder der Gläubiger oder der Schuldner einverstanden, so kann der Dritte die Leistung bewirken; nur wenn Gläubiger *und* Schuldner widersprechen, kann die Leistung nicht bewirkt werden. Leistet also in unserem Falle B. im Einverständnis mit S. und lehnt G. die Leistung ab, so kommt er in Annahmeverzug, und es gelten die Grundsätze der §§ 293 ff.

---

1) Nach *Fischer-Henle* (zu § 267 A. 2) ist unter dem „Dritten" u. a. nicht der Bürge mit einbegriffen. Dies ist nicht unsere Ansicht, da unter dem „Dritten" ein allgemeiner, über die Bürgschaft hinausgehender Begriff verstanden wird, und man den Bürgen von einem Vorteil nicht ausschließen kann, den jeder „Dritte" hat. S. auch *Sievers* (T. S. 13.) und *Weinberg* S. 19.

Speziell über die Frage, ob der Bürge ohne weiteres, auch ohne den Willen des Gläubigers die Bürgschaftsschuld mit einer eigenen Forderung aufrechnen kann, handelt **Sievers**[2]) im Anschluß an einen praktischen Fall aus dem Konkurse der Leipziger Bank. Obwohl die sonstigen Voraussetzungen der §§ 387 und 388 vorlagen, kommt hier Sievers zu einem ablehnenden Ergebnis. Er erkennt dem Bürgen wohl nach § 267 die Berechtigung zu, den Gläubiger zu befriedigen. Daß diese Befriedigung aber durch Aufrechnung geschehen könne, sei zu verneinen. In allen Fällen, in denen das BGB. die Einlösungszahlung eines Dritten zulasse (§§ 268, 1142, 1223,2[3]), 1249), gestatte es die Aufrechnung ausdrücklich, nur in § 774 fehle dieser Zusatz. Ein Versehen sei angesichts der Sorgfalt, die auf die Abfassung des Gesetzes gelegt worden sei, ausgeschlossen. Der Grund dieser Unterscheidung sei der, daß die angeführten Paragraphen Fälle der realen Interzession beträfen, während für die Bürgschaft als einer Personalinterzession eine Aufrechnungsmöglichkeit ausgeschlossen werden solle.

Die Bürgschaft solle nur zum Vorteil des Gläubigers dienen. Schließlich sei zur Unterstützung der Auffassung der § 774,1 S. 2 anzuführen, wonach der Uebergang der Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden könne.

Gegen **Sievers** wendet sich **Conrades**[4]) (der allerdings sein Ergebnis selbst für unbillig hält):

Da die Aufrechnung nach dem BGB. ein einseitiges Rechtsgeschäft sei, gelten infolge der Erklärung des Aufrechnenden die beiderseitigen Forderungen als erloschen. Dies müsse auch für den Bürgen gelten, aus der ausdrücklichen Zulassung in den zitierten Paragraphen könne man kein **argumentum e contrario** entnehmen. —

Der letzteren Meinung, die dem Wortlaute des BGB. entspricht, insbesondere dem Begriff der Aufrechnung als eines einseitigen Rechtsgeschäftes Rechnung trägt, schließen wir uns an. Durch die Erklärung der aufrechnenden Partei erfolgt die Aufrechnung (§ 388) und nach § 389 bewirkt die Aufrechnung, „daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkte erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind." Daß die Forderungen in dem vom Bürgen aufgerechneten Betrage sich deckten, kann in dem von Sievers angeführten Falle nicht bestritten werden[5]).

---

2) a. a. O. S. 249 ff.

3) i. V. m. § 1224.

4) a. a. O. S. 308; gegen Sievers auch Weinberg S. 21 f. Vgl. die dort S. 22 A. 2 angeg. Lit.

5) Eine andere Frage ist die, ob der Bürge mit einer Forderung des Hauptschuldners aufrechnen kann. Dies Recht hat er nicht, denn nach

Der Hinweis von Sievers auf § 774,1 S. 2 ist u. E. nicht stichhaltig. Diese Bestimmung lautet nicht: „Die Forderung geht nicht über, wenn der Gläubiger einen Nachteil hat", sondern: „Der (bereits erfolgte) Uebergang darf nicht . . . geltend gemacht werden". Da nun bereits durch die Aufrechnungserklärung der Forderungsübergang eingetreten ist, kommt eine Geltendmachung dieses Ueberganges nicht mehr in Betracht[6]).

§ 5.

Uebergang der Forderung auf den Bürgen.

Hat nun ein Bürge den Gläubiger befriedigt[7]), so gelten für ihn die Bestimmungen des § 774.

1. Nach § 774,1 S. 1 geht die Forderung gegen den Schuldner auf den befriedigenden Bürgen über. Dieser Uebergang tritt ein kraft Gesetzes, gleichgültig, welches Innenverhältnis zwischen Bürgen und Schuldner besteht. Der Bürge braucht also zum Beweise des Ueberganges nur seine Bürgeneigenschaft und seine Zahlung darzutun. Natürlich kann er gegenüber dem Schuldner auch etwa weitergehende, in Qualität und Quantität verschiedene, Ansprüche aus dem Innenverhältnis geltend machen, z. B. Ansprüche aus dem Auftrag, der Geschäftsführung ohne Auftrag usw.[8]). Hier ist aber die Beweislast umgekehrt. Der Bürge muß z. B. beweisen, daß er „auftragsgemäß oder nützlich für den beklagten Hauptschuldner gehandelt hat. Denn dieses Kausalverhältnis bildet das Fundament der Klage"[9]).

2. § 774,1 S. 2 lautet: „Der Uebergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden."

Diese Bestimmung[10]) dient dem Schutze des Gläubigers, der wegen Satz 1 eine, auch gegen seinen Willen geschehende, Befriedigung sich gefallen lassen muß[11]). Daß der Uebergang der Forderung nach Befriedigung unter allen Umständen eintritt, ist bereits ausgeführt[12]).

---

§ 770, II BGB. kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers nur verweigern, solange der Gläubiger aufrechnen kann. Vgl. auch Dernburg, II, 1 § 126 S. 287 u. RGRK. zu § 768 A. 1.

6) So auch Conrades, a. a. O. und Weinberg, S. 24 f.

7) Ob durch Erfüllung oder die Erfüllungssurrogate, ist also gleichgültig.

8) Vgl. die Kommentare und Lehrbücher, z. B. Crome, § 295 S. 874 A. 52 und 53 und § 297 S. 884 A. 4—8; Dernburg, II, 1 § 289 S. 356, III und S. 357, IV; Matthiaß § 131 S. 366, IV B 1; ausführlicher z. B. Daehne, S. 5 ff. und Weinberg, S. 37 ff. unter III.

9) Weinberg, S. 41.

10) Die dem französischen Recht entnommen ist (Code civil Art. 1252). Schulz, a. a. O. S. 88 hält die Formel für eine leichtsinnige.

11) T. S. 12 ff.

12) T. S. 13.

Schulz faßt den Inhalt des Satzes dahin zusammen[13]):

„Die Klausel stellt eine Rangordnung auf zwischen der Regreßforderung und der Restforderung, man könnte von aktiver Subsidiarität sprechen: die Regreßforderung soll nicht vor der Restforderung erfüllt werden. Die Regreßforderung erleidet eine Intensitätsdämpfung durch die Restforderung . . . . . Regreßforderung und Restforderung stehen also in einem Staffelverhältnisse."

Praktisch kommt die erwähnte Bestimmung zur Geltung, wenn der Bürge teilweise geleistet hat und der Schuldner zahlungsunfähig ist. Hier hat der Gläubiger wegen seiner Restforderung den Vorrang, obwohl die Forderung zum Teil auf den Bürgen übergegangen ist[14]).

Auch wenn der Gläubiger ein Pfand seitens des Schuldners oder eines Dritten erhalten hat, so behält er dieses bis zur Tilgung der ganzen Forderung[15]). Die Geltendmachung des Forderungsüberganges soll ihm auch hier keinen Schaden bereiten[16]). — Die Beweislast, daß er einen Nachteil hat, trifft den Gläubiger[17]), es ist dies also nicht etwa von Amtswegen zu berücksichtigen[18]).

3. § 774,1 S. 3 bestimmt schließlich: „Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt." Diese Bestimmung schränkt Satz 1 ein. Selbstverständlich kommt zunächst das Innenverhältnis[19]) in Betracht; durch die Einwendung einer bestehenden, andersartigen vertraglichen Abmachung kann der Schuldner die Geltendmachung des (bereits eingetretenen) Forderungsüberganges seitens des Bürgen verhindern. Der Schuldner hat andere Abmachungen usw. zu beweisen[20]).

B. Stellung der Mitbürgen zum Gläubiger.

§ 6.

Gesamtschuldnerische Haftung der Mitbürgen.

Nach dieser Darlegung der Stellung des einzelnen Bürgen sei das Verhältnis der Mitbürgen zum Gläubiger und untereinander erörtert.

---

13) S. 93.
14) S. RGRK. zu § 774 A. 3. Weinberg, S. 26.
15) Vgl. T. § 24 S. 47 ff.
16) Weitere Fälle des § 774, I S. 2 f. Weinberg, S. 25 ff.
17) RGRK zu § 774 A. 3.
18) S. Weinberg, S. 28 zu dem Streit zwischen Planck und Schollmeyer.
19) Aber auch ein sonstiges, beliebiges Rechtsverhältnis, auch ganz fernliegenden Ursprungs. Ueber dieses „Kausalverhältnis" s. n. Weinberg, S. 29 ff. bes. S. 36 oben.
20) S. z. B. Matthiaß, § 131 S. 367.

§ 769 bestimmt: „Verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinsam übernehmen."

§ 769 will also sagen, daß für mehrere Personen, die sich für die Schuld jemandes verbürgen, gleichgültig, ob gleichzeitig oder zeitlich getrennt, gesamtschuldnerische Grundsätze maßgebend sind, sie *haften* als Gesamtschuldner. Ob es auch gleichgültig ist, daß die Mitbürgen voneinander wissen oder nicht, sagt § 769 nicht, dies ist jedoch aus der Fassung des § 776 zu entnehmen [21]).

In manchen Fällen ist es allerdings dennoch für die Frage, in welcher Höhe gebürgt werden sollte, wesentlich, ob die Mitbürgen *zusammen* für eine gewisse Summe haften wollten. Hier kann ausnahmsweise das „Voneinanderwissen" eine Rolle spielen [22]).

Der Hinweis auf die gesamtschuldnerischen Bestimmungen ist zunächst für das Verhältnis *zum Gläubiger* wesentlich.

1. Nach den §§ 421 ff., die also für Mitbürgen in Betracht kommen, kann der Gläubiger, wenn die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist, sofort, sonst aber stets nach vergeblicher Inanspruchnahme des Schuldners, die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Mitbürgen ganz oder zum Teil fordern (§ 421,1 S. 1). Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Mitbürgen verhaftet (§ 421,1 S. 2).

Die Mitbürgen haften demnach dem Gläubiger gegenüber nicht etwa **pro rata**, sondern es ist vollständig in das Belieben des Gläubigers gestellt, an wen er sich halten will. Kein Mitbürge hat den Anspruch auf das **beneficium divisionis** oder **excussionis** [23]) oder eine **exceptio plurium litis consortium** [24]). Der Gläubiger kann auch sämtliche Mitbürgen oder mehrere von ihnen als Streitgenossen belangen [25]).

Der Sinn des Gesetzes ist der: Hat sich jemand einmal für die Schuld eines anderen verbürgt, für die schon eine oder mehrere Bürgschaften bestehen, so soll er sich nicht darauf verlassen, nur zu einem Teilbetrage herangezogen zu werden, sondern er soll gewärtig sein, zu jeder Zeit selbst die ganze Schuld bezahlen zu müssen [26]) [27]).

---

21) Vgl. *Crome*, § 295 S. 872 A. 42; *Endemann*, § 154 S. 897; *Koban*, S. 174 A. 1.

22) S. T. S. 31 A. 94.

23) *Matthiaß*, § 102 S. 259.

24) *Crome*, § 207 S. 378 A. 3 und für die Bürgschaft § 295 S. 872 f. A. 43 und 44; *Endemann*, § 154 S. 896 A. 9 und 10.

25) *Matthiaß*, § 102 S. 259.

26) Vgl. auch die Kommentare zu § 769, so *Planck*, A. 2; *Oertmann*, A. 1; *Staudinger*, A. 1; ferner *Crome*, § 306 S. 372; *Cosack*, § 119, S. 470, II, 1; Ausnahme T. S. 31, A. 94.

27) Ueber die Akzessorität und Subsidiarität der Bürgschaft vergl. u. a.

§ 7.
Verhältnis der §§ 769 und 423 zu § 776. Bestimmungen der §§ 769 i. V. m. 422—424.

2. Nach § 423 hat der Gläubiger die Befugnis, einem Gesamtschuldner die Schuld zu erlassen. Dieser Erlaß wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn der Wille der Vertragschließenden dahin ging, das ganze Schuldverhältnis aufzuheben [28]) [29]).

Für Mitbürgen insbesondere gilt § 776. Dieser bestimmt: „Gibt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 774 hätte Ersatz erlangen können. Dies gilt auch dann, wenn das aufgegebene Recht erst nach der Uebernahme der Bürgschaft entstanden ist."

Es ist also ein Unterschied gegenüber der Gesamtschuld zu erblicken. Wenn der Gläubiger einem Gesamtschuldner die Schuld erlassen hat, ohne das Schuldverhältnis der übrigen aufheben zu wollen, so kann er von diesen noch immer den ganzen Betrag fordern; — handelt es sich aber um Mitbürgen, so tritt nach § 776 eine Befreiung der übrigen insoweit ein, als sie aus dem aufgegebenen Rechte hätten Befriedigung erlagen können.

Unzufrieden mit dieser Bestimmung ist **Schulz** [30]), der sie eine ganz unmotivierte und verfehlte nennt. Nach seiner Ansicht wäre es richtig gewesen, wenn der Erlaßvertrag mit Bürgen ohne Einfluß auf die Regreß- und Ausgleichungsansprüche der Mitbürgen geblieben wäre. Da nun aber § 776 einmal Gesetz sei, müsse er auch folgerichtig interpretiert werden. Was für den Erlaß gilt, müsse auch für die einem Mitbürgen gewährte Stundung gelten [31]) [32]).

Denken wir uns einen praktischen Fall: Für eine Schuld haben sich die drei Mitbürgen M. 1, M. 2 und M. 3 verbürgt. Der Gläu-

---

Crome, II § 206 S. 377 A. 5 und § 295 S. 868, 1; Matthiaß, § 102 S. 259 und § 131 S. 364 f. D; Endemann, § 190 S. 1193 und § 191 S. 1194; Planck, S. 821, II, 1; Oertmann, S. 934, 3; Koban, S. VII.

28) S. dazu Crome, § 207 S. 380.

29) Die Regreßansprüche der Gesamtschuldner untereinander kann der Gläubiger natürlich nicht aufheben. Vgl. Schulz S. 78 und die dort angegebene Literatur, ferner Fischer-Henle, zu § 426 A. 2; Planck, A. 1; Kuhlenbeck, A. 1. A. M. ist Matthiaß, § 102 S. 263, 4 d für das Ausscheiden eines Gesamtschuldners „vor Entstehung des Rückgriffsanspruchs".

30) S. 79 f.

31) S. die dort angegebene Literatur.

32) Vgl. auch Daehne, (S. 53), nach dessen Ansicht der betreffende Mitbürge nicht von der Haftung den anderen gegenüber frei wird, der Gläubiger sei allerdings dem betreffenden Mitbürgen ersatzpflichtig.

biger erläßt M. 1 die Bürgenverpflichtung. Die beiden anderen sind dann zu dem Drittel, das sie von M. 1 im Ausgleiche hätten beanspruchen können (§ 426,1), nach § 776 frei geworden, sie sind also nur zu ⅔ verpflichtet. — Wären sie hingegen einfache Gesamtschuldner nach § 426 gewesen, so wäre der Erlaß dem M. 1 gegenüber lediglich als eine Verpflichtung des Gläubigers aufzufassen gewesen, diesen nicht zu belangen, denn im Ausgleichungsverhältnis haften die Gesamtschuldner, genau so wie zuvor, auf das Ganze. Wäre also von M. 1 nichts zu erlangen, so hafteten M. 2 und M. 3 je zur Hälfte.

3. Aus § 769 i. V. m. § 422,2 ergibt sich ferner: Hat einer der Mitbürgen eine Forderung gegen den Gläubiger, so kann nur er, nicht aber die übrigen Mitbürgen, aufrechnen[33]), aus § 769 i. V. m. § 424: Der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Mitbürgen wirkt auch für die übrigen.

3. Andere Tatsachen, als die in den §§ 422—424 bezeichneten, also Kündigung, Verzug, Verschulden usw., wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis (hier also der Mitbürgschaft) ein anderes ergibt, nur für und gegen den Mitbürgen, in dessen Person sie eintreten (§§ 769 und 425) [34]).

C. Stellung der Mitbürgen zu einander.

§ 8.

Verhältnis des § 769 zu § 774 Abs. 2 BGB.

Indem § 769 sagt: „Mitbürgen haften als Gesamtschuldner" legt er zunächst das Verhältnis der Mitbürgen zum Gläubiger dar.

Im Wesen der Gesamtschuld liegt aber auch eine Ausgleichungspflicht der Gesamtschuldner untereinander, die im § 426 ihre Regelung erfahren hat. Mangels einer anderen gesetzlichen Bestimmung wäre man daher ohne weiteres versucht, für das Regreßrecht eines Mitbürgen, der Zahlung geleistet hat, zwecks Ausgleichung den § 426 heranzuziehen.

Nun bestimmt aber § 774,2: „Mitbürgen haften einander nur nach § 426."

Warum ist diese Sonderbestimmung gegeben? Ist sie nicht unnötig, weil aus § 769 eine derartige Regelung sich von selbst ergibt?

Nach **Kremer**[35]) hatte § 769 nur die Art der Haftung nach außen, „die einzige dem Gesamtschuldverhältnis und der Mitbürg-

33) S. dazu Crome, § 207 S. 380 A. 17; Endemann, § 154 S. 899 A. 20.

34) S. näher Endemann, § 154 S. 899 ff.

35) S. 172 ff.

schaft wesentliche Seite" im Auge. Dies zeige schon die Definition in § 421. Die in § 426 behandelte Seite sei nur ein akzessorisches Element. Daher habe § 774,2 auch für Mitbürgen diese noch besonders regeln müssen [36]).

Der herrschenden Meinung ist insofern zuzustimmen, als die Bezugnahme des § 769 auf die Gesamtschuld ohne Zweifel das Verhältnis der Mitbürgen nach außen, jedoch nicht unzweifelhaft auch nach innen regelt. Insofern ist es notwendig gewesen, daß § 774,2 den Ausglich nach innen unzweifelhaft festlegte.

§ 9.

Verhältnis des § 774 Abs. 2 zu § 774 Abs. 1 BGB.

Daß eine ausdrückliche Regelung des Ausgleiches untereinander erforderlich war, zeigt sich auch aus einem anderen Grunde. Bisher war nur das Verhältnis des § 774,2 zu § 769 erörtert worden, es müssen nunmehr auch seine Beziehungen zu Absatz 1 des § 774 dargelegt werden. Wie schon früher betont wurde, gehen auf den befriedigenden Bürgen nach §§ 774, 412, 401 die Bürgschafts- und Pfandrechte, die für die Forderung bestanden, über. Bestände der Abs. 2 nicht, so würde ein Mitbürge, der den Gläubiger befriedigte, neben der Forderung gegen den Schuldner auch die Bürgschaft seines früheren Mitbürgen in vollem Umfange erwerben [37]). § 769 hilft hier nicht aus, denn er regelt ja, wie gesagt, nicht unzweifelhaft das Verhältnis der Mitbürgen untereinander. Wenn man aber auch aus dem Wesen der Gesamtschuld folgerte, daß für das Verhältnis untereinander eine Ausgleichung stattzufinden hätte, wie sie § 426 vorschreibt, nämlich eine anteilsmäßige, so stände man wieder vor dem Zweifel, ob nicht §§ 774,1, 412, 401 als Spezialbestimmung gelten und die Verbindung zwischen § 769 und § 426 zerrissen, so daß man also hinter dem Wort „Gesamtschuldner" in § 769 zu denken hätte: „Wenn die speziellen bürgenrechtlichen Grundsätze diese gesamtschuldnerische Haftung nicht ausschließen". **Sievers** z. B. meint [38]):

„Darüber dürfte Einverständnis bestehen, daß die Bestimmungen des BGB. über das Gesamtschuldverhältnis (§§ 421 ff.) auf die Bürgschaft nur insoweit zur Anwendung kommen, als in dem Titel über die Bürgschaft ausdrücklich auf sie verwiesen wird, wie dies in

---

36) Vgl. auch die Kommentare zu § 769, z. B. Fischer-Henle, A. 2; Oertmann, A. 5; Staudinger, A. 2; Planck, A. 4 verweist in der Besprechung des § 769 für das Verhältnis der Mitbürgen untereinander auf § 774, II; Vgl. auch RGRK. zu § 1225 S. 1169 A. 1 und Bendix, S. 92.

37) Dies behauptet Kremer trotz des Abs. 2 (s. näher T. § 11 S. 21 f.)

38) S. 251.

den §§ 769 und 774,2 inbezug auf das Verhältnis mehrerer Mitbürgen gegenüber den Gläubigern und untereinander der Fall ist."

Wer herrscht in der zwiespältigen Person des Mitbürgen, — der Gesamtschuldner oder der Bürge? Auf der einen Seite zwingt ihn der § 426 zu einem anteilsmäßigen Ausgleich, auf der anderen geben ihm die §§ 774,1, 412, 401 die volle Forderung gegen die anderen Bürgen. Wohin soll er sich ziehen lassen?

Alle diese Zweifel beseitigt die kurze und klare Bestimmung des § 774,2: „Mitbürgen haften einander nur nach § 426" [39]).

§ 10.

Bestimmungen des § 426.

Nach § 774,2 i. V. m. § 426 erhalten wir folgende Ergebnisse:

1. Mitbürgen sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist („durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung oder durch Gesetz" [40]), also kurz gesagt: im Zweifel).

Mitbürgen sind also in jeder Beziehung Gesamtschuldner kraft Gesetzes [41]). Dies hat nicht nur seine materiellrechtliche, sondern auch seine prozessuale Bedeutung. Da nämlich die Anteile im Zweifel gleiche sind, hat der Mitbürge, der geleistet hat, nur seine Zahlung und die Mitbürgschaft zu beweisen, wenn er nach Kopfteilen Rückgriff nimmt [42]), die anderen Mitbürgen mögen die Ausnahme (andere Vereinbarungen usw.) behaupten und beweisen.

2. Kann von einem Mitbürgen der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen Mitbürgen zu tragen (§ 774,2 i. V. m. § 426,1 S. 2).

Wird also ein Mitbürge zahlungsunfähig, gerät er in Konkurs usw., und ist es aus diesem Grunde unmöglich, von ihm den auf ihn entfallenden Betrag zu erlangen, so erweitert sich die Verpflichtung der übrigen entsprechend. Ob und wann man später gegen den Ausgefallenen vorgehen kann, ist eine andere Frage.

Daß praktisch diese Regelung sehr schwierig werden kann, ist leicht verständlich [43]).

3. Die wichtigste Bestimmung enthält aber § 774,2 i. V. m. § 426,2:

---

39) Sehr richtig weist Weinberg (S. 49) darauf hin, daß das Wort „nur" eine Einschränkung des nach Abs. 1 erfolgenden Ueberganges bedeutet.

40) Fischer-Henle, zu § 426 A. 3.

41) S. z. B. Crome, § 206 S. 375, b.

42) Crome, § 207 S. 384 A. 47; Endemann, § 154 S. 900 A. 30 und 31; Weinberg, S. 56 f.

43) S. darüber näher Dachne, S. 55 f. und 63 f. und Kremer, S. 191 f., letzterer, um seine andere Auffassung darzutun.

„Hat einer der Mitbürgen den Gläubiger befriedigt, so geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Mitbürgen auf ihn über," (das wäre schon dem § 774,1 i. V. m. § 426,1 zu entnehmen gewesen), aber nur — „insoweit er von den übrigen Mitbürgen Ausgleichung verlangen kann". — Dies bedarf näherer Erläuterung.

§ 11.

Spaltung der Forderung.

In der Literatur ist die Frage bestritten, wie es juristisch zu erklären ist, daß die Forderung gegen den Schuldner ganz, gegen die übrigen Mitbürgen jedoch nur teilweise übergeht. Eine besondere Ansicht darüber hat **Kremer**[44]), der diese Frage als „rein theoretische Konstruktionsfrage" untersucht. Er kann sich nicht erklären, wie bei der nach §§ 774,1, 412, 401 erfolgenden „Zession" die Nebenforderungen teilweise untergehen könnten, während die Hauptforderung völlig erhalten bleibt. Nachdem Kremer diesen angeblichen Widerspruch eingehend untersucht hat, kommt er[45]) zu dem Ergebnis: Es sei zu verneinen, daß gemäß § 774,2 bezüglich des Subrogationsumfanges die für die Gesamtschuldner in § 426,2 getroffene Bestimmung auch für die Mitbürgen gelten könne. Mit dem Bürgschaftsbegriffe sei es kaum vereinbar, daß die Bürgschaftsschuld infolge von Zahlung teilweise untergehen solle, während dagegen die Hauptschuld in ihrem ganzen Umfange fortbestehe. Dies wolle auch der § 774,2 garnicht. Er modifiziere nur den § 774,1. Der Umfang der Subrogation sei im Abs. 1 geregelt, Abs. 2 schränke nur den Umfang der Haftung ein, er sage, was mit der übergegangenen Forderung zu erreichen sei. Die Forderung auf das Ganze habe nur Bedeutung, sofern sie eine höhere Sicherheit gewähre, was von dem eigentümlichen Konkurrenzverhältnis zwischen der actio cessa und dem internen Ersatzanspruch herrühre.

Böthke[46]) ist derselben Ansicht. Auch **Koban**[47]) stimmt diesem „den praktischen Bedürfnissen allein entsprechenden Resultate" zu. Aus §§ 774,2 und 426,2 will er nur den Satz ableiten, „daß der subrogierte Bürge die alten Rechte gegen die Mitbürgen nur insoweit geltend machen darf, als er zu der Zeit der Regressierung gegen dieselben nach § 426,1 regreßberechtigt ist."

Hiergegen ist folgendes zu sagen: Wenn §§ 774,1, 412, 401 die ganze Forderung mit allen Nebenrechten übergehen lassen, so regeln sie eben den Forderungsübergang auf d e n Bürgen. Sind m e h r e r e

44) S. 185 ff.
45) S. 202 ff.
46) a. a. O. S. 859.
47) S. 174 ff. A. 2.

Bürgen vorhanden, so bestimmt sich deren Verhältnis zueinander lediglich nach §§ 774,2, 426; mit dem Wörtchen „nur" spricht Abs. 2 ausdrücklich die Spezialisierung auf § 426 aus und lehnt damit Abs. 1 ab[48]). Absatz 2 ist weiter nichts als eine Spezialbestimmung. Nach dem Wesen und der rechtlichen Gestaltung der Bürgschaft ist eine Teilung des Forderungsüberganges sehr wohl möglich. Daß die Forderung auch im zweiten Falle ganz übergehen soll, die anderen Mitbürgen der **actio cessa** sich hingegen nur auf den geringeren Umfang ihrer Haftung berufen könnten, ist eine künstliche Konstruktion, die der klaren Bestimmung des Gesetzes sowie dem Wesen der Mitbürgschaft als Gesamtschuld völlig widerspricht. § 774,2 wäre nach der Kremer'schen Auffassung überflüssig[49]). **Bendix**[50]) weist durch die Entstehungsgeschichte des § 774 in überzeugungsvoller Weise die Unrichtigkeit der Kremerschen Ansicht nach.

Auch **Oertmann**[51]) spricht sich gegen Kremer aus: Die Subrogation zugunsten des zahlenden Mitbürgen finde nur beschränkt, d. h. nur anteilsweise statt. Warum solle es ein Widerspruch sein, daß die Hauptschuld ganz fortdauert, die Bürgschaftsschuld nur zum Teil?

Crome[52]) meint, es handele sich gar nicht um den Rückgriff des Bürgen als solchen, sondern es sei das gewöhnliche Ausgleichungsrecht unter Gesamtschuldnern[53]).

§ 12.

Ausgleichungspflicht kraft Gesetzes.

Aus den Worten des § 426,2: „und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann", ist zu ersehen, daß ein Ausgleichungsanspruch zwischen den Gesamtschuldnern und nach § 774,2 zwischen den Mitbürgen vorausgesetzt wird.

Nach **Emmerich**[54]) wäre es nun praktischer und einfacher, „wenn der leistende Schuldner nur die Gläubigerforderung in bestimmter Höhe oder nur einen Ausgleichungsanspruch und nicht außerdem noch einen unnötigen, bedeutungslosen zweiten Anspruch erlangte"[55]).

---

48) Vgl. RGRK zu § 774 A. 5; Weinberg, S. 45.

49) So auch Sternberg, S. 547.

50) a. a. O. S. 86 ff.

51) Zu § 774 A. 30.

52) § 297 S. 883; s. auch § 207 S. 383 f., § 295 S. 873 A. 45 und S. 885 A. 18.

53) Der h. M. sind auch Staudinger, A. 6; Planck, A. 9; Fischer-Henle, A. 6; RGRK. A. 4 und zu § 1125 A. 1; Dernburg, II, 1 § 289 S. 355, 1; Lippmann, S. 182; Strohal, S. 373; Dähne, S. 65 f; Endemann, § 154 S. 900 A. 31; Schulz, S. 44 ff.

54) S. 515 f. A. 562.

55) Vgl. dazu auch Schulz, S. 26 — 47 und 74 ff.

U. E. trifft die erste von Emmerich gewünschte Möglichkeit zu. Der zahlende Mitbürge erhält gegen die anderen Mitbürgen in Höhe seines Ausgleichungsanspruches einen Teil der Gläubigerforderung. Diese hat er ja auch gar nicht getilgt, sondern nur eingelöst[56]). Sie ist nicht untergegangen, sondern gegen den Schuldner ganz, gegen die übrigen Mitbürgen zum Teil übergegangen.

Bezüglich der Mitbürgen sind nun zwei Möglichkeiten gegeben:

a) Angenommen, es besteht ein besonderer Ausgleichungsanspruch zwischen mehreren Mitbürgen, z. B. M. 1 habe ⅓, M. 2 ⅔ zu leisten. Sowie M. 1 an G. ganz gezahlt hat, ist der Forderungsübergang in Gestalt seines Ausgleichungsanspruches von ⅔ gegen M. 2 eingetreten.

b) Wie steht es hingegen, wenn ein besonderer Ausgleichungsanspruch zwischen den Mitbürgen nicht vorhanden ist, — und das kann doch häufig vorkommen? Hier tritt die Haftung nach Kopfteilen auf Grund der §§ 774,2 und 426,1 und damit auch ein entsprechender Teilübergang der Forderung ein. Wie das Gesetz also hier selbst den (sonst fehlenden) Ausgleichungsanspruch gibt, setzt es die Höhe der übergegangenen Teilforderung fest.

Anderer Ansicht ist **Sternberg**[57]). Er geht von der Voraussetzung aus, daß die Ausgleichungspflicht der Mitbürgen sich aus § 769, und nicht aus § 774,2 ergebe. Die Bedeutung des § 774,2 liege darin, „daß der Uebergang der Rechte gegen die übrigen Bürgen auf den zahlenden Bürgen vom Bestehen eines Ausgleichungsanspruchs abhängig gemacht wird." Hier müßte Sternberg hinzufügen:

„den das Gesetz im Zweifel in § 426,1 gibt."

Auf S. 546 sagt Sternberg selbst: „§ 426 begründet im Abs. 1 eine gesetzliche Ausgleichungspflicht unter Gesamtschuldnern . . . . .", „daß Mitbürgen untereinander nach § 426, Abs. 1 zur Ausgleichung verpflichtet sind, ergibt sich schon aus der Vorschrift des § 769, nach der Mitbürgen als Gesamtschuldner haften . . . ."

und einige Zeilen später:

„Die Bedeutung der im § 774,2 enthaltenen Verweisung auf § 426 besteht demnach darin, daß angeordnet wird: der zahlende Mitbürge erwirbt die Rechte des Gläubigers nicht schlechthin und in vollem Umfange, wie nach § 774,1 angenommen werden müßte, sondern nur insoweit, als er (aus § 426,1 oder einem anderen Grunde) einen Ausgleichungsanspruch gegen sie hat."

---

56) S. z. B. Strohal, S. 373; Böthke, S. 858; Cohn, S. 411 ff.
57) S. 550 ff. A. 1.

Auf S. 546 gibt Sternberg also ausdrücklich zu, daß Mitbürgen aus § 426,1 einen gesetzlichen Ausgleichungsanspruch gegeneinander haben, auf Seite 550 leugnet er einen solchen für Drittverpfänder, weil, „wie oben ausgeführt worden ist", in § 774,2 „der Uebergang der Rechte gegen die übrigen Bürgen vom Bestehen eines Ausgleichungsanspruches abhängig gemacht wird," m. a. W., weil, (wenn ein besonderer Ausgleichungsanspruch in dem betreffenden Falle fehlt), das Gesetz keinen Ausgleichungsanspruch unter Mitbürgen gibt.

Gegen **Sternberg** ist besonders **Emmerich** anzuführen[58]). Nach seiner Ansicht ergibt sich das Bestehen eines Ausgleichungsanspruches aus § 426,1 S. 2 und § 426,2 S. 1. — §§ 774,2 und 426 ordneten nicht etwa nur an, daß ein Mitbürge die Gläubigerforderung nur erhält, soweit er aus anderen Gründen einen Ausgleichungsanspruch haben sollte, — das ergäbe § 426,2 allein, § 426,1 regele hingegen auch die Entstehung und Größe dieses Ausgleichungsanspruches selbst. **Sternberg** und **Planck**[59]) übersähen die gemäß § 774,2 notwendige Geltung des § 426,1 und wollten die Ausgleichungsforderung auf § 769 allein stützen.

Auch **Schulz**[60]) ist für unsere Meinung anzuführen. Er legt eine „Strukturverschiedenheit des Regresses zwecks Ausgleichung und des Regresses Grund Erfüllung fremder Verbindlichkeiten" dar; dieser sei auch bei der eigentlichen Gesamtschuld möglich, wie er an einem Beispiele erörtert[61]).

§ 13.

Berechnung der Quote.

Für die Berechnung der Quote, die, wie gesagt, schwierig sein kann, gibt **Kremer**[62]) ein Hilfsmittel, das er allerdings selbst später verwirft:

„Der Uebergang der Forderung findet in der Weise statt, daß einstweilen noch nicht bestimmt ist, sondern erst durch spätere Tatsachen, wie Solvenz und Insolvenz im Moment der Regreßnahme, sich herausstellt, ob und zu welchem Teil ein jeder Mitschuldner (oder Mitbürge) dann als Drittschuldner verpflichtet sein werde."

Man denke sich, ein Mitbürge gelte zur Zeit des Regresses als zahlungsfähig, erst nach einiger Zeit stellte sich seine Zahlungsunfähigkeit heraus (durch gerichtliches Verfahren usw.), nachdem die

58) S. 514 ff. A. 562.
59) Planck-Greiff, zu § 1225, 2, c.
60) S. 45 f. S. auch S. 68 und die Kritik an Planck, S. 68 A. 2.
61) S. 46.
62) S. 194.

anderen Mitbürgen schon gezahlt haben. Dieser Fall liegt noch einfach: Der Mitbürge, der ganz gezahlt hat und nun Rückgriff nimmt, kann von den anderen eine entsprechend höhere Quote verlangen[63]), denn der betreffende Mitbürge war in Wirklichkeit zahlungsunfähig.

Ebenso umgekehrt: Hält sich ein solventer Mitbürge für zahlungsunfähig, so muß er nachträglich die schuldige Quote bezahlen, und die Mitbürgen, die zuviel gezahlt haben, können den entsprechenden Betrag von den anderen herausverlangen.

War ein Mitbürge hingegen ursprünglich wirklich zahlungsunfähig und wird er später wieder zahlungsfähig, so ist der Gesichtspunkt maßgebend, daß er von Anfang an Gesamtschuldner war, die rechtliche Wirksamkeit dieses gesamtschuldnerischen Verhältnisses aber praktisch während seiner Zahlungsunfähigkeit ruhte. Er hat sich dann mit den anderen Mitbürgen so auszugleichen, als sei er von Anfang an solvent gewesen[64]).

In der Theorie prüft nun **Kremer**[65]) die Alternative: Uebergang zu der Quote, zu welcher der betreffende Gesamtschuldner dem Zahlenden in concreto, d. h. nach dem besonderen internen Rechtsverhältnis zwischen ihnen und mit Rücksicht auf die Solvenzverhältnisse aller Schuldner regreßpflichtig ist (konkrete Quote), oder schlechthin zu einem Kopfteile (abstrakte Quote). Der gesetzliche Wortlaut, meint **Kremer**[66]), spreche scheinbar für die abstrakt bestimmende Theorie.

Wir möchten uns für die konkret bestimmende Theorie entscheiden. Für irgend einen der Gesamtschuldner, z. B. den zahlenden, mag manchmal die Feststellung schwierig sein, ob der oder jener Gesamtschuldner in dem oder jenem Augenblick solvent oder insolvent ist oder war, — insbesondere kann ein jeder über die internen Rechtsverhältnisse der anderen nicht unterrichtet sein. Theoretisch ist jedoch in jedem Zeitpunkte an eine bestimmte Summe zu denken, die der eine Gesamtschuldner dem anderen zur Ausgleichung zu leisten hat. Diese Summe ist einmal bestimmt nach vertraglichen Abmachungen (ausdrücklichen oder stillschweigenden), dann nach Bestimmungen des Gesetzes, — im Zweifel nach Kopfteilen, aber Ausfall bei Insolvenz und Erweiterung der Ausgleichungspflicht der übrigen. Dies ist eine konkrete, bestimmte Summe, die im Regelfalle auch berechnet werden kann. Sollten sich ausnahmsweise Schwierigkeiten ergeben, so liegt darin allerdings ein praktischer Uebelstand, denn die Ausgleichung findet dann nie nach dem Buchstaben der Verträge bezw.

63) Dähne, S. 56.
64) Dähne, S. 56.
65) S. 190 f.
66) S. 191.

des Gesetzes statt, — theoretisch hat der ausgleichende Gesamtschuldner eine „falsche" Summe geleistet, aber dies ist, wie gesagt, eine Ausnahme; die Parteien, die die Summe nicht berechnen können und wollen, werden froh sein, sich nachträglich auf eine bestimmte Summe zu einigen. Diese Einigung muß als eine stillschweigende angesehen werden, wenn ein Gesamtschuldner eine (mit Wissen beider: „falsche") Ausgleichungssumme als „richtigen" Ausgleich annimmt.

Dähne, der diese Frage prüft[67]), entscheidet sich für die Ansicht:

1. In Bezug auf die Höhe der Ausgleichungspflicht: „Ein Mitbürge kann einem anderen gegenüber Regreß nehmen (2 b. 2 . . .) in Höhe der nach dem inneren Ausgleichungsverhältnis auf diesen entfallenden Quote" und zwar, „wie sie nach Berücksichtigung besonderer Umstände — Insolvenz eines oder mehrerer und dadurch bewirkte Erhöhung der Kopfteile — festgestellt wird"[68]).

2. In Bezug auf die Zeit[69]): „daß für den Umfang dieses Forderungsüberganges der Zeitpunkt maßgebend ist, in welchem sich herausstellt, von welchen Mitbürgen und in welcher Höhe Ersatz erlangt werden kann"[70]).

Dies ist die konkret bestimmende Theorie, der auch wir zustimmen. —

Hat einer der Mitbürgen den Ausfall eines anderen *verschuldet*, so hat er den Schaden zu tragen. Hat der Mitbürge z. B. versäumt, gegen einen anderen Rückgriff zu nehmen, obwohl er von dessen ungünstiger Vermögenslage wußte, so hat er für den Schaden aufzukommen, der später aus dieser Versäumnis erwächst[71]).

§ 14.

Wirkungen des § 776.

In diesem Zusammenhange sei auch auf die Tendenz und die rechtlichen Wirkungen des § 776 hingewiesen, da auf ihn später öfters zurückzukommen sein wird[72]):

1. Zunächst verhindert § 776 zweifellos eine *willkürliche* Verschlechterung der Rechtlage eines Bürgen. Es wäre gegen Treu und Glauben, wollte der Gläubiger aus persönlichen Rücksichten, aus

67) S. 59 ff.
68) Vgl. die dort angegebene Literatur.
69) S. 61.
70) Beispiele S. 63 ff.
71) Vgl. *Staudinger*, zu § 426, 3 b; *Crome*, § 207, II 2 und A. 58; *Planck*, zu § 426 A. 1 a. E.; *Dähne*, S. 55 und die dort angegebene Literatur.
72) Auf T. S. 17 ff. wurde bereits auf ihn hingewiesen, vgl. ferner T. S. 65 u. 70 ff.

Eigennutz, womöglich gegen eine Entschädigung, das Recht gegen einen der Mitbürgen aufgeben und dadurch die anderen schädigen. Daher läßt § 776 den Bürgen insoweit frei werden, als er hätte Ersatz erlangen können, was der Bürge natürlich zu beweisen hat[73]).

2. Als Aufgabe eines Nebenrechtes kann jedoch das bloß passive Verhalten[74]) des Gläubigers nicht erachtet werden[75]).

3. Im Zusammenhange hiermit steht, daß eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nicht besteht, er haftet z. B. nicht für **culpa in exigendo**, er haftet nicht, wenn er gegen einen Schuldner oder Mitbürgen, dessen Vermögensverhältnisse sich zu verschlechtern drohen, nicht vorgeht[76]). Der Bürge kann ja, wenn ihm der Gläubiger nicht diligent genug zu sein scheint, den Gläubiger befriedigen und nach § 774 die Forderung erwerben[77]). Hat der Bürge den Gläubiger befriedigt, ohne zu wissen, daß dieser ein Nebenrecht aufgegeben hat, so hat er den Bereicherungsanspruch aus § 812 ff.[78]).

4. „In dem Verhalten des Gläubigers oder in der Zurückweisung einer von anderer Seite angebotenen Zahlung kann nach §§ 157, 242 ein den Gläubiger haftbar machender Verstoß gegen Treu und Glauben und die Verkehrssitte angenommen werden"[79]).

Dieser letzte Punkt ist gegen die Ausführungen z. B. **Strohals** und **Lippmanns**, wie wir später sehen werden[80]), außerordentlich wichtig.

§ 15.

Uebergang der Teilforderung bei Teilleistung.

Weiterhin sei die Frage erörtert, ob ein Mitbürge auch dann anteiligen Ersatz von den übrigen fordern kann, wenn er nur seinen Anteil oder gar weniger geleistet hat.

---

73) So die Kommentare zu § 776, z. B. Staudinger, A. 2; Oertmann, S. 953 A. 2; RGRK. A. 1; Kuhlenbeck, A. 1 wendet § 776 auch bei Nichtverschulden des Gläubigers an; Matthiaß, § 131, V, e; Endemann, § 192 S. 1199 A. 5; Crome, § 298 S. 888 f; Cosack, I § 158 S. 663 f.

74) RGRK. A. 2: „zusehendes".

75) Staudinger, A. 2; Kuhlenbeck, A. 1; Planck, A. 6; teilweise gegen diesen Dernburg, § 290 S. 359 f.; zweifelhaft Oertmann, A. 2.

76) Staudinger, A. 3; Planck, S. 821 II, 1 und A. 2 zu § 776 RGRK. A. 1; Crome, § 298 S. 889; Matthiaß, § 131 S. 368, V; Dernburg, § 290 S. 359 und A. 8.

77) So die h. M. (vgl. Anm. 76), anderer Ansicht teilweise Sievers (s. T. S. 13 f.)

78) RGRK. A. 3; Crome, § 298 S. 890, A. 24.

79) Staudinger, S. 1430 c; so auch Crome, § 298 S. 888.

80) S. T. S. 65 und 70 f.

Um bei dem einfachen Beispiele **Plancks**[81]) zu bleiben: Wenn für die Schuld des S. an G. im Betrage von 900 die Mitbürgen M. 1, M. 2 und M. 3 haften, so hat M. 1 nach Zahlung von 900 an G. gegen die beiden anderen im Zweifel Forderungen von je 300.— Wie aber, wenn er nur 300 an G. leistet?

a) Kann er dann nach Abzug seines verhältnismäßigen Anteils (nämlich im Verhältnis zur bezahlten Summe), also 100, den übrig bleibenden Betrag unter die übrigen Mitbürgen verteilen, von jedem also 100 verlangen?

b) oder steht ihm g a r k e i n e Ausgleichungsforderung zu, da er doch nur soviel geleistet hat, als er im Ausgleich überhaupt hätte beanspruchen können?

Wie ist es ferner zu entscheiden, wenn er noch weniger, z. B. nur 90 leistete, wie umgekehrt, wenn er mehr, aber nicht die volle Summe zahlte (z. B. 330)? Im ersten Falle kann er nach der unter a) vorgetragenen Ansicht je 30, nach der unter b) nichts, — im zweiten Falle kann er a) je 110, b) je 15 verlangen.

Oertmann[82]) ist der Ansicht, daß der Mitbürge, der weniger als seinen Anteil (d. h. den er später bei der Ausgleichung beanspruchen kann) leistete, seine Pflicht noch nicht voll erfüllt habe, „wie kann er also noch obendrein gegen die anderen einen Regreß nehmen? Und auch wenn er seinen Anteil voll bezahlt, hat er den andern gegenüber nicht mehr getan als er tun mußte."

Dähne[83]) kommt aus praktischen Gründen zu derselben Ansicht.

Insofern ist **Oertmann** und **Dähne** zuzustimmen, als man in manchen Fällen zu einer unerträglichen Belästigung der Mitbürgen kommen kann. Man denke an Dähnes Beispiel[84]):

Zehn Mitbürgen haften im Verhältnis zueinander zu gleichen Teilen . . . . Der erste bezahlt ein Zehntel an den Gläubiger und läßt sich von den neun Mitbürgen je ein Hundertstel erstatten, der zweite zahlt hierauf auch ein Zehntel usw. Auf diese Weise wird jeder der zehn Mitbürgen zehnmal mit der Sache befaßt . . . ." Dies ist unbedingt richtig, aber an der Fassung des Gesetzes ist nichts zu ändern:

§ 426,2 macht den Uebergang der Regreßforderung gegen die Mitbürgen von zwei Voraussetzungen abhängig:

1. „Soweit ein Gesamtschuldner (nach § 774,2 = Mitbürge) den Gläubiger befriedigt . . . ."

---

81) zu § 426 A. 1.
82) zu § 426 A. 1.
83) S. 66 ff.
84) S. 67.

Das heißt nicht: „wenn er befriedigt", sondern „in dem Umfange, in dem er befriedigt."

Man wende nicht ein, das Wort „befriedigen" im § 426, wie auch z. B. im §§ 774, 1143 und 1225, bedeute: „die ganze Schuld tilgen", bezw. „einlösen", „die ganze Leistung bewirken". — Sollte dieser Einwand berechtigt sein, so könnte man garnicht von einer „teilweisen Befriedigung" sprechen. Ferner würde z. B. im § 774 die Forderung auf den Bürgen erst dann übergehen, wenn er die ganze Schuld an den Gläubiger zahlt. Schließlich müßte das Gesetz das Wort „soweit" durch „wenn" ersetzen. Ohne Grund steht das erstere Wort aber nicht im BGB.[85]).

2. . . . . „und von den übrigen Schuldnern (Mitbürgen) Ausgleichung verlangen kann. . . ."

Inwieweit kann er denn diese verlangen? § 426,1 gibt die Antwort: „Im Zweifel nach Kopfteilen[86]).

Beziehen diese Kopfteile sich nun von vornherein auf die ganze Schuld oder jedesmal auf einen Teilbetrag, der von einem geleistet wird?

U. E. ist das letztere richtig. Nach der ersteren Ansicht würde der seinen Teilbetrag zahlende oder der noch weniger leistende keine Möglichkeit haben, gegen die übrigen vorzugehen. Wenn diese (wenigstens vorläufig) keinen Angriff des Gläubigers zu befürchten haben, so werden sie sich hüten, auch zu leisten. — Diese Regelung würde der Säumigkeit im Zahlen Vorschub leisten, während andererseits die Zahlung der Schuld in ständigem Fluß bleibt, da jeder Zahlende weiß, daß er die Last nicht allein trägt, sondern die anderen seinen Verlust teilen. Man möchte dies mit Ratenzahlungen vergleichen.

Noch ein Gesichtspunkt ist anzuführen: Angenommen, M. 1 hat seinen Anteil, 300, geleistet. Plötzlich verzichtet der Gläubiger auf die übrigen Bürgschaften. Nach der ersteren Meinung kann M. 1 von den anderen nichts fordern, denn er hat seine Pflicht erfüllt und § 776 kann er nicht geltend machen, da er ja eben keinen Ersatz hätte erlangen können[87]).

Die h. M.[88]) ist auch der Ansicht, daß auf einen Mitbürgen, der seine Quote oder weniger geleistet hat, ein entsprechender Uebergang der Forderung auch gegen die übrigen Mitbürgen eintritt. Wenn diese Auffassung auch praktisch zu Schwierigkeiten führen kann, ist ihr dennoch der Vorzug zu geben.

---

85) Daß der Uebergang bei teilweiser Befriedigung teilweise eintritt, ist allgemein anerkannt. S. z. B. RGRK. zu § 774 Anm. 2 und 3; T. S. 14 f.

86) Vgl. die Ausführungen auf T. S. 23 f. gegen Sternberg.

87) a. A. Dähne, S. 66 f.

88) z. B. Matthiaß, § 102 S. 262, 4b; Endemann, I § 154 S. 900, bes. A. 32; Crome, § 207 S. 384, bes. A. 52; Cosack, § 119 S. 471; Planck, zu § 426 A. 1, Weinberg, S. 55.

Umgekehrt kann selbstverständlich ein Mitbürge, der mehr geleistet hat, als die ganze Schuld beträgt, von den übrigen Mitbürgen keinen Betrag verlangen, der ihre Quote übersteigt. Dies würde sowohl dem Begriff der Bürgschaft wie dem der Gesamtschuld widersprechen. Hat ein Mitbürge einen größeren Betrag bezahlt als die Schuldsumme, so ist das sein eigener Schaden[89]).

§ 16.

Ausgleichungsmöglichkeit bei Haftung zu verschiedenen Höchstbeträgen.

Ferner sei noch geprüft, wie Mitbürgen sich auszugleichen haben, die sich mit verschiedenen Höchstbeträgen verbürgten.

Gleichgültig ist es hierbei u. E., ob sie sich zu Höchstbeträgen verbürgten, die über die Schuld hinausgehen, oder ob sie einfache Bürgen sind. Verbürgte sich z. B. für die Schuld des S. an G. im Betrage von 3000 M. 1 als einfacher Bürge, M. 2 für den Höchstbetrag von 5000 und M. 3 für 10 000, so sind sie gleichwohl Mitbürgen zu 3000, im Ausgleichungsverhältnis demnach jeder zu 1000 verpflichtet.

Wie aber, wenn für die Schuldsumme von 10 000 M. 1 nur für 1000 haftete, M. 2 hingegen die Bürgschaft zum vollem Betrage übernahm? Hier hat der zahlende M. 2 auf keinen Fall eine Ausgleichungsforderung von 5000, denn M. 1 hatte ja ausdrücklich erklärt, er wolle für höchstens 1000 haften.

Die Erklärung ist folgende: M. 1 und M. 2 sind Mitbürgen nur in Höhe von 1000, in Höhe der überschießenden 9000 ist M. 2 einfacher Bürge. Zahlt M. 1 die von ihm geschuldeten 1000, so geht sein Anspruch gegen S. auf 1000, gegen M. 2 auf 500. Zahlt hingegen M. 2 die ganze Summe, so geht die Forderung des G. gegen S. im Betrage von 10 000 auf ihn über, gegen M. 1 erwirbt er hingegen nur eine Forderung von 500[90]).

Eine andere Auffassung vertritt **Emmerich**[91]). Nach seiner Ansicht zahlt im Falle der Haftung zu verschiedenen Teilen ein in Anspruch genommener Mitbürge „bis zu dem nach Köpfen berechneten Vielfachen der Mindesthaftung als Mitbürge". Insoweit seien die Bürgen einander zu gleichen Beträgen regreßpflichtig.

In dem oben gegebenen Beispiel würde nach **Schulz** und **Martinius** M. 2 nach Zahlung der Schuldsumme von M. 1 nur 500 fordern können, nach **Emmerich** hingegen 1000, da der Gläubiger von

---

89) z. B. Crome, § 207 S. 184 A. 54.
90) So auch Martinius, S. 543 und Schulz, S. 73.
91) S. 517 ff.

beiden zusammen als Mitbürgen 2000 verlangen könne. Nach §§ 774, 426 sei aber anzunehmen, „daß die Ausgleichung der Mitbürgen sich nach der von den Mitbürgen zusammen innerhalb der Grenzen der Mitbürgenhaftung an den Gläubiger zu zahlenden Summe richtet“[92]).

Dieser Ansicht ist folgendes entgegenzuhalten: Angenommen, im obigen Beispiel hätten M. 1 und M. 2 von Anfang an für eine Forderung von 1000 gehaftet, sie hätten dann einen gegenseitigen Ausgleichungsanspruch von 500 gehabt. M. 2 übernimmt nun nachträglich (vielleicht im Auftrage des S., weil die Forderung von 1000 sich auf 10 000 erhöhte) die Bürgschaft. Dann ist er, wie wir ausführten, im Betrage der überschießenden 9000 wie ein einfacher Bürge zu behandeln. Nach der Ansicht von Emmerich erwirbt M. 2 jetzt, nachdem er sich auf ein Mehr verpflichtet hat, einen höheren Ausgleichungsanspruch gegen M. 1, also durch eine größere Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber eine größere Berechtigung hinsichtlich des Mitbürgen. Anstatt daß die Last des Mitbürgen eine geringere wird, dadurch, daß ein anderer eine größere Verpflichtung auf sich nimmt, wird sie schwerer! —

Eine Einschränkung ist jedoch zu machen. Das Beispiel von **Schulz**[93]) lautet wörtlich: „wenn Bürge A. sich für eine Forderung von 9000, Bürge B. sich für dieselbe Forderung nur in Höhe von 2000 verbürgt . . .“ — Wir glauben Schulz richtig zu verstehen, daß die ganze Forderung nur 9000 beträgt, G. also von beiden zusammen nicht mehr einziehen darf. Die Parteien setzen hier eine Forderung von 9000 voraus, für die sie gemeinsam haften, wenn auch mit verschiedenen Beträgen.

Verbürgen sich demnach M. 1 und M. 2 zusammen für 1000 d. h. für eine Schuldsumme von 1000), so darf G. auch nur von ihnen zusammen 1000 einziehen, nicht etwa von einem jeden von ihnen diese Summe sich zahlen lassen[94]).

Ebenso ist die (gedachte) Mitbürgschaft in dem von Schulz gegebenen Beispiele erschöpft, wenn G. von einem der beiden 2000 einzog; alles mehr zu zahlende trägt nur der einfache Bürge A. Hat G. von A. wie von B. je 1000 eingezogen, und belangt er nun den B. wieder mit 1000, so sind die von A. geleisteten 1000 als aus der einfachen Bürgschaft geleistet zu betrachten.

---

92) S. 518 A. 567.

93) S. 73.

94) In diesem Falle könnte man von einer gesamtschuldnerischen Mitbürgschaft (im Sinne des § 427) oder von einer „Mitbürgschaft im engeren Sinne“ reden, bei der zwei oder mehrere Personen wie ein Bürge zu behandeln sind. Hier kann es zur Feststellung des Parteiwillens, in welcher Höhe gebürgt werden sollte, ausnahmsweise wesentlich sein, ob die Mitbürgen mit Rücksicht aufeinander sich verbürgten. s. T. S. 16.

Eine ganz andere Frage ist die, wie zu entscheiden ist, wenn sich die Mitbürgen für Summen verbürgen, die, jede für sich, geringer sind, als die Haupthaftungssumme, und jeder bis zum Betrage der betreffenden Summe haften will, gleichgültig, ob eine bestimmte Höchstsumme durch andere Mitbürgen bereits bezahlt ist. Man kann an den Fall denken, daß der Gläubiger mehrere Schuldner hat, für die zusammen mehrere Mitbürgen eintreten, ohne eine festgelegte Hauptsumme im Auge zu haben. § 767 sagt nun zwar: „Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend." Diese Bestimmung steht unserem Falle aber nicht entgegen, da die Hauptverbindlichkeit eben über die einzelnen Bürgenhaftungen hinausgeht.

In unserem Beispiele hafteten also M. 1 und M. 2 nach wie vor für je 1000, G. darf aber im Höchstfalle 2000 von ihnen zusammen einziehen. In dem von Schulz gegebenen Beispiele dürfte dann G. von A. und B. zusammen nicht 9000, sondern 11 000 fordern.

Diesen Fall, den **Emmerich** allein im Auge hat[95]), würden wir mit „Mitbürgschaft im weiteren Sinne" bezeichnen, der Gläubiger kann hier von jedem den vollen Betrag seiner Bürgenverpflichtung einfordern.

Emmerich führt u. a. folgendes Beispiel an: A. und B. haften für 3000, jeder bis 2000, A. zahlt 1000, B. 2000. Emmerich meint, nach der Auffassung von **Schulz** dürfe B. eigentlich keinen Ersatz verlangen, „denn A. hat ja dem Gläubiger den Betrag bezahlt, zu dem er nach Schulz im inneren Verhältnis der Mitbürgen zur Zahlung an den Gläubiger verpflichtet ist."

Der Unterschied dieses Falles, von dem auf T. S. 30f. erwähnten liegt in den Worten: „jeder bis . . . . ."

Dort verbürgten sich die Mitbürgen bis zu 2000 als solche im engeren Sinne, hier haftet jeder für 2000 in Kenntnis davon, daß die wirkliche Schuldsumme noch höher ist („für 3000") und daß er ev. noch leisten muß, auch wenn sein Mitbürge voll gezahlt hat.

Bei solcher Mitbürgschaft im weiteren Sinne ist allerdings Emmerich Recht zu geben. Hier gibt das Vielfache der Mindesthaftung, nach Kopfteilen berechnet, für die Ausgleichung den Ausschlag, im genannten Beispiele also 3000 : 2=1500.

Daß **Schulz** zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre, glauben wir nicht, da das von ihm S. 73 gegebene Beispiel den ganz anderen Fall betrifft, daß in einer Person der Mitbürge und der einfache Bürge unterschieden werden muß. Den von Emmerich angenommenen Fall erörtert Schulz gar nicht.

95) denn er spricht S. 517 von der „von allen Mitbürgen zusammen gezahlten Summe", und A. 566 S. 517 sagt er: „Wenn die Höchsthaftungssumme einzelner Bürgen die Hauptforderung nicht erreicht."

Zum Schluß sei **Weinberg**[96]) erwähnt. Nach diesem sind mehrere Einzelbürgschaften gegeben, „falls mehrere Bürgen für einen Schuldner, aber für getrennte Verbindlichkeiten desselben einstehen. Dies wird bedeutsam bei einem Bürgschaftsvertrage, bei dem sie sich für eine Verbindlichkeit des Hauptschuldners, aber jeder nur für einen Teil verbürgen. Hier ist im Einzelfall zu untersuchen, ob die Bürgen additional nebeneinander oder nur alternativ belangt werden können." Weinberg führt **Seufferts** Archiv[97]) als Beleg dafür an, daß diejenigen, die sich selbständig nebeneinander für verschiedene Quoten einer einheitlichen Forderung verbürgen," nicht als Mitbürgen im Sinne des Gesetzes zu betrachten seien.

Das hier Gesagte trifft auf die Beispiele von Emmerich nicht ganz zu, da von g e t r e n n t e n Verbindlichkeiten nicht die Rede ist.

---

96) S. 46 f.
97) Bd. 61 S. 232.

2. Teil.

Ausgleichung unter Drittverpfändern.

§ 17.

Berechtigung zur Zahlung.

Gehen wir nun dazu über, das Verhältnis mehrerer Drittverpfänder zum Gläubiger und zueinander zu prüfen.

Vorausgesetzt ist hier, daß für die Schuld des S. an G. mehrere Personen, sagen wir D. 1 und D. 2, dem G. bewegliche Sachen als Pfänder gegeben haben. Wie beim Mitbürgen ist es auch hier unerheblich, ob die Verpfändung gleichzeitig oder zu verschiedener Zeit oder an verschiedenen Orten geschehen ist, ferner, ob die dritten Verpfänder in Kenntnis von einander geleistet haben oder nicht[1]).

Es gelten für die Drittverpfänder natürlich zunächst die allgemeinen Grundsätze des Pfandrechts (§§ 1204 ff.). Insbesondere möchten wir den § 1210 hervorheben, welcher lautet: „Das Pfand haftet für die Forderung in ihrem jeweiligen Bestand, insbesondere auch für Zinsen und Vertragsstrafen." Auch auf die §§ 1224 und 1228 möchten wir vorerst hinweisen.

Zunächst sei die Berechtigung zur Zahlung, die wir für einen Bürgen auf T. § 4 erörtert hatten, für einen Drittverpfänder geprüft. Wir führten dort den § 267 an, wonach ein Dritter die Leistung bewirken kann, wenn nicht der Schuldner widerspricht und der Gläubiger daraufhin die Leistung ablehnt.

Für den Drittverpfänder gilt hingegen § 1223, wonach der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Gläubigers verlangen darf, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist[2]) [3]). — Da nun nach § 271 bei Nichtbestimmung einer Zeit der Schuldner die Leistung sofort bewirken kann, bei Bestimmung einer Zeit hin-

---

1) Ausnahme s. T. § 22 a. E.

2) Ist der Verpfänder Eigentümer oder sonstiger dinglich Berechtigter der Pfandsache, so kommen nicht die allgemeinen Vorschriften der §§ 1249 und 268 in Betracht, sondern auch hier muß § 1223, II gelten. Siehe die Begründung bei Abrahamsohn, S. 4. Vgl. die dort unter Anmerkung 1 angegebene Literatur.

3) Der Pfandgläubiger darf bei Widerspruch des persönlichen Schuld-

gegen nach § 271,2 anzunehmen ist, daß der Schuldner die Leistung vorher bewirken kann, kann der Drittverpfänder den Gläubiger jederzeit befriedigen[4]), es sei denn, daß der Schuldner ausdrücklich verpflichtet ist, nicht vor Ablauf einer bestimmten Zeit zu leisten. Die Befriedigung kann hier zweifellos durch Aufrechnung und Hinterlegung erfolgen (§ 1224).

Wenn nun ein Drittverpfänder, so gut wie ein Bürge, die Berechtigung zur Leistung an den Gläubiger hat, so besteht für ihn, im Gegensatz zum Bürgen, keine Verpflichtung dazu, er läuft höchstens Gefahr, sein Pfand zu verlieren.

§ 18.

Uebergang der Forderung.

Für den Drittverpfänder, der den Gläubiger befriedigt hat[5]), bestimmt nun § 1225:

„Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über.

Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 finden entsprechende Anwendung."

§ 1225 bestimmt also entsprechend dem § 774 den Forderungsübergang auf den zahlenden Drittverpfänder. Die Forderung geht auf ihn kraft Gesetzes über, gleichgültig, ob ihm im Innenverhältnis ein Ersatzanspruch gegen den Schuldner zusteht oder nicht[6]). Auch sonst gelten die Grundsätze des § 774.

I. Zunächst dem Gläubiger gegenüber:

1. § 1225,1 S. 1, der dem § 774,1 S. 1 entspricht, bestimmt also den Uebergang der Forderung auf den Drittverpfänder, soweit er den Gläubiger befriedigt. Befriedigt er ihn ganz, so geht auch die Forderung ganz über. Bei teilweiser Befriedigung erwirbt er die Forderung zu dem entsprechenden Teil.

2. In die letzte Folgerung greift aber § 1225 S. 2 (i. V. m. § 774,1 S. 2) ein: „Der Uebergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden. Das auf T. S. 14 Ausgeführte gilt auch hier. Ebenso wie der Bürge wird der teilweise einlösende Dritt-

---

ners die Leistung nicht nach § 267, II ablehnen. Siehe Crome, § 501 S. 851 A. 24, Abrahamsohn, S. 3 Anm. 2. A. A. Matthiaß, II S. 161.

4) S. Abrahamsohn, S. 3.

5) Ob die Befriedigung des Gläubigers durch den Drittverpfänder freiwillig geschah, oder ob der Gläubiger aus dem Pfande Befriedigung fand, ist für den Forderungsübergang auf den Verpfänder, sowie für das Verhältnis der Verpfänder untereinander bedeutungslos. Vgl. Cohn, S. 411 f. im Anschluß an Planck, (zu § 1182 A. 1). Anders bei Immobiliar-Drittverpfändern s. T. § 26 a. E.

6) Siehe z. B. Dähne, S. 44.

verpfänder mit seiner Regreßforderung der Restforderung des Gläubigers nachstehen[7]).

3. § 1225 S. 2 i. V. m., § 774,1 S. 3 bestimmt ferner, daß Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Drittverpfänder bestehenden Rechtsverhältnisse unberührt bleiben.

Wie die Bestimmung unter 2 zum Schutze des Gläubigers gegeben ist, ist hier das Interesse des Schuldners wahrgenommen[8]). Es ist eine Vorschrift, die sich nach Analogie der Bürgschaft aus dem Wesen der Sache ergibt. Selbstredend können Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zwischen Hauptschuldner und Drittverpfänder dem Uebergang der Forderung auf den letzteren entgegengesetzt werden (z. B. Schenkung). Da aber der Forderungsübergang kraft Gesetzes eintritt, braucht der Drittverpfänder zum Beweise des Ueberganges nur seine Zahlung und sein Verhältnis als Drittverpfänder darzutun. Abweichende vertragliche Bestimmungen usw. muß der Schuldner beweisen.

§ 19.

Wie ist die Bezugnahme des § 1225 auf § 774 zu erklären? Gegner des Gesetzestextes.

II. Die beiden Bestimmungen des § 774,1 in Satz 2 und 3 ergaben sich auf Grund der Bestimmungen des § 1225 S. 2: „Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 finden entsprechende Anwendung".

Zweifelhaft und bestritten ist es nun, ob und in wieweit die Vorschrift des § 774,2: „Mitbürgen haften einander nur nach § 426" hier entsprechende Anwendung finden soll.

Manche Schriftsteller behaupten, § 1225 wolle nur eine entsprechende Anwendung des Abs. 1 von § 774, nicht aber von dessen Abs. 2, der Gesetzgeber habe dies auch sagen wollen, die Hinzufügung „Abs. 1" sei jedoch versehentlich unterblieben, zumal in dem § 1143, der den ähnlichen Fall der Hypothek betrifft, ausdrücklich nur der Abs. 1 zitiert ist.

Biermann z. B., der ein solches Redaktionsversehen annimmt[9]), macht dafür geltend, daß einmal an eine Ausgleichungspflicht mehrerer Verpfänder untereinander nicht zu denken sei, denn diese hafteten nicht persönlich. Daß der Verpfänder, auf den nach §401,1 auch das Recht aus einer Bürgschaft übergegangen sei, von einem einzelnen Mitbürgen nur einen verhältnismäßigen Teil verlangen könne, sei

---

7) Ueber die Wirkungen auf das Pfandrecht bei teilweiser Befriedigung vgl. T. § 24.

8) Abrahamsohn, S. 6 f.

ferner auch nicht möglich. Dem widerspreche das Wort „einander" in § 774,2.

Gegen den ersten Grund ist anzuführen, daß das Pfandrecht keineswegs ein rein dingliches ist, bei dem obligatorische Einflüsse gänzlich ausgeschlossen sind. **Schulz** hat[10]) u. E. richtig dargelegt, daß das Pfandrecht als Wertrecht zwischen dem dinglichen und obligatorischen Recht stehe, „indem es sich zwar als unmittelbare Beziehung zwischen Person und Sache darstellt, andererseits aber den Spannungscharakter des obligatorisches Rechtes in sich aufnimmt." **Schulz** zitiert u. a. **Kohler**[11]), welcher ausführt: . . . „auch im Sachenrecht kann das Leben Bewegungselemente finden, sofern das Sachenrecht zum Wertrecht wird und der Vermögenscharakter der Sache dazu benutzt wird, Wertbeträge aus ihr heraus zu gestalten. Wesentlich ist es aber immer, daß hier eine unmittelbare Beziehung zwischen Person und Sache vorliegt."

Man kann also nicht sagen: W e i l eine Ausgleichungspflicht angesichts des dinglichen Charakters des Pfandrechts nicht möglich ist, deshalb k o n n t e der Gesetzgeber eine derartige Bestimmung garnicht treffen, deshalb m u ß es sich um ein Redaktionsversehen handeln, — sondern man muß den u m g e k e h r t e n Weg einschlagen: Zunächst muß man zu erforschen suchen, was der Gesetzgeber wollte. Kommt man hier zum Ergebnis, daß er sich richtig ausgedrückt hat, daß also kein Redaktionsversehen vorliegt, dann muß man versuchen, die vorliegenden Bestimmungen mit den sonstigen Grundsätzen des Pfandrechtes zu vereinbaren.

Zum zweiten Grunde Biermanns ist zu sagen, daß § 1225 nur von Drittverpfändern spricht und daher zunächst deren Ausgleichungspflicht im Auge haben wird, w e n n § 774,2 Anwendung findet, — was eben zu untersuchen ist. Ob diese Bestimmung auch auf das gegenseitige Verhältnis von Drittverpfändern und Bürgen Anwendung findet, ist eine andere Frage, die erst in zweiter Linie geprüft werden kann[12]).

Ein Redaktionsversehen nehmen ferner an: **Endemann**[13]), **Fischer-Henle**[14]), **Boethke**[15]), **Staudinger-Kober**[16]) und **Strohal**[17]).

---

9) III zu § 1225 A. 1.
10) S. 67 f.
11) II S. 2 f. unter III.
12) „über die sprachliche Bedeutung des Wortes „einander" vgl. A b r a h a m s o h n, § 11 S. 28 f. im Anschluß an G r i m m.
13) II § 141 A. 12 S. 932 f.
14) A. 3 zu § 1225.
15) Am Ende seiner Besprechung von K r e m e r's Mitbürgschaft.
16) In der 2. Aufl. zu § 1225; vgl. die neueste (8./9.) Aufl. zu § 1225 S. 1032 unter 2b, wo er seine Ansicht geändert hat.
17) S. 375 A. 1.

Letzterer versucht, aus der Entstehungsgeschichte des § 1225 den Nachweis zu liefern, daß ein Redaktionsversehen vorliegt:

Im § 1143 (= 1094 des Entwurfs I) sei die Berufung auf bürgschaftliche Vorschriften erst eingestellt worden, nachdem § 774 seine jetzige Fassung erhalten habe. Demnach sei natürlich hier nur Abs. 1 zitiert worden. § 1225 hingegen (= 1164 E. I) habe die betr. Berufung schon dem E. I entnommen, wo die entsprechende Anwendung des § 676 E. I (= § 774 der jetzigen Fassung) bereits angeordnet war. § 676 E. I sei aber anders gegliedert gewesen, und die Grenze der Anwendbarkeit der Vorschriften des § 676 E. I auf die Fälle des § 1164 E. I sollten aus dem Wesen der Sache gewonnen werden. Als § 774 seine jetzige Fassung erhielt, sei es allerdings angemessen gewesen, bei § 1225 dies zu berücksichtigen und seine Anwendbarkeit nur auf Abs. 1 zu beschränken. Dies unterließ man. Insofern könne man allerdings von einem Redaktionsversehen reden.

§ 20.

Befürworter des Gesetzestextes.

Gegen ein Redaktionsversehen erklärt sich u. a. **Bendix**[18]), der aus der Redaktionsgeschichte des § 1225 zum umgekehrten Schlusse kommt: § 1164 E. I (= 1225 n. F.)[19]) habe schlechthin die entsprechende Anwendung der Vorschriften des unter a behandelten § 676 E. I verordnet. Bendix beruft sich sehr richtig auf die Darstellung der Redaktionsgeschichte bei **Mugdan**[20]). Dieser sagt:

„Auch der § 1164 wurde angenommen; es lag nur der eine sachliche Aenderung des Entwurfes nicht bezweckende Antrag vor, den § 1164, wie folgt, zu formulieren:

> „Soweit der Gläubiger von einem anderen als dem persönlichen Schuldner befriedigt wird, finden die Vorschriften des § 676 (II § 713) entsprechende Anwendung."

Bendix bemerkt hierzu:

„Hier wird also schon der vorläufige Entwurf 2. Lesung erwähnt; trotzdem fehlt wiederum die Beschränkung. Daß der § 676 a. a. O. äußerlich anders gegliedert war, wie **Strohal** a. a. O. S. 375 A. 1 betont, spricht doch wahrscheinlich für ein Redaktionsversehen, da eine sachliche Aenderung . . . nicht beabsichtigt war und nicht vorhanden ist."

---

18) S. 88 ff.

19) Vgl. über die Zusammenstellung der Paragraphen auch Neumann, III, S. 1658 und 1668 ff.

20) Prot. III S. 925.

Bendix wie **Sellner**[21]) sind der Meinung, daß den Mitbürgen in § 774 die „Mitverpfänder" entsprechen. Dieser Ansicht ist auch **Martinius**[22]), der allerdings im Endergebnis **Strohal** zustimmt.

Der Darlegung von Bendix ist u. E. der Vorzug zu geben. Wir könen uns nicht denken, daß keinem der Gesetzgeber aufgefallen sein soll, daß § 1225 i. V. m. § 774 in der neuen Gliederung etwas ganz anderes bestimmte, als die entsprechenden Paragraphen der Entwürfe. Abgesehen davon wird der Unterschied der einander sonst gleichlautenden §§ 1143 und 1225 den Gesetzgebern doch nicht entgangen sein, w e n n sie den Abs. 2 des § 774 in § 1225 nicht hatten anführen wollen. Wir können an eine solche Unachtsamkeit der Gesetzgeber nicht glauben; dazu ist das BGB. viel zu vorsichtig und gewissenhaft verfaßt worden.

Hierauf weist auch **Planck**[23]) hin. Gegen ein Redaktionsversehen spricht, „abgesehen von der Sorgfalt, die auf die Fassung des BGB. verwendet worden ist, umsomehr die Vermutung, als in der entsprechenden Vorschrift des § 1143,1 die Bezugnahme ausdrücklich auf den § 774 Abs. 1 beschränkt ist"[24]). **Planck** meint weiterhin, die Verneinung einer entsprechenden Anwendung des Abs. 2 würde auch zu dem unbefriedigenden Ergebnis führen, daß auf den befriedigenden Drittverpfänder die anderen Rechte unbeschränkt übergingen.

Staudinger hat, wie erwähnt[25]), seine ursprüngliche Ansicht geändert. Er sagt[26]) nach der Erörterung der Ansicht von Bendix:

„Obwohl auch gegen diese Auffassung Bedenken erhoben werden können, und ihr insbesondere der Wortlaut des § 401 entgegenzustehen scheint, dürfte ihr doch (schon um des befriedigenden Endergebnisses halber) beizustimmen sein."

Breit[27]) läßt die Frage dahingestellt, nimmt aber in seinem zweiten Endergebnis[28]) eine gegenseitige Ausgleichung an. Auch **Cohn**[29]) leugnet ein Redaktionsversehen, ebenso **Sternberg**[30]), wenn letzterer auch die „entsprechende Anwendung", wie wir[31]) ausführten, anders auslegt. Wieder anders legt sie **Koban**[32]) aus, der aber auch

---

21) S. 447 a. a. O.
22) a. a. O. S. 543 f.
23) Zu § 1225, 2c.
24) so auch z. B. S e l l n e r, I S. 46 A. 2.
25) T. § 19, A. 16.
26) In der 8./9. Aufl. zu § 1225, 2, b.
27) S. 285 a. a. O.
28) S. 293, unter b.
29) S. 413.
30) S. 550.
31) T. § 12 S. 23 f.
32) S. 199 f.

ein Redaktionsversehen leugnet. **Abrahamsohn**[33]) zitiert **Koban** unter den Befürwortern des Redaktionsversehens. Dies ist nicht richtig. **Koban** sagt[34]), nachdem er die Ansicht **Biermanns, Endemanns** und **Strohals** angeführt: „Halten wir jedoch mit Planck an dem Wortlaute des Gesetzes fest, so fragt es sich . . ." und, nachdem er seine eigene Meinung über die entsprechende Anwendung des § 774,2 dargelegt, erörtert er den anderen Teil der Alternative, den er einleitet[35]): „Wollte man aber in § 1225 doch ein Redaktionsversehen annehmen . . . ." In Wirklichkeit spricht er sich also gegen ein Redaktionsversehen aus, wenn er auch den § 1225 anders auslegt[36]).

Diese Feststellung ist uns wichtig, weil **Crome**[37]) sich neben Martinius auch der Ansicht von Koban anschließt.

Nach **Abrahamsohn**[38]) gilt der Text des BGB. solange, als nicht Widersprüche mit den übrigen Vorschriften des Pfandrechts bezw. Bürgschaftsrechts eintreten. —

Angenomemn nun, es sei wirklich ein Redaktionsversehen vorgekommen, und § 1225 bezöge sich nicht auf den Abs. 2 des § 774: Nach § 774,1 würde dann auf den leistenden Verpfänder die Forderung übergehen, der andere hätte gegen diesen keine Rechte mehr.

Für den Fall nun, daß die Drittverpfänder nichts von einander wüßten, wäre es dem reinsten Zufall überlassen, wer (bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners) die Last der Schuld endgültig zu tragen hätte. Der zuerst Zahlende wäre dann in der glücklichen Lage, die Last endgültig von sich abzuwälzen.

Haben die Drittverpfänder hingegen von einander gewußt, so spielt außer diesem Zufall noch ein anderes Moment eine Rolle: Es wird ein wahrer Wettlauf zwischen den Sicherungspflichtigen stattfinden, um den Gläubiger zu befriedigen, sobald sie dazu berechtigt sind[39]). Ein jeder wird aber auch den Gläubnger zu veranlassen suchen, Zahlung nur von ihm anzunehmen, bezw., da der Gläubiger dazu ja *verpflichtet* ist[40]), den anderen Sicherer hinzuhalten. Den unlautersten Mitteln würde hier Tür und Tor geöffnet[41]).

---

33) S. 8 ff.
34) S. 199.
35) S. 200.
36) Siehe darüber T. § 21, S. 41 f.
37) § 496 S. 836 A. 43. Vgl. T. S. 41.
38) S. 10.
39) S. z. B. *Bendix*, S. 90 a. E.; *Dähne*, S. 84; *Lippmann*, S. 181; *Breit*, S. 293; alle für den Fall, daß Bürgen und Drittverpfänder nebeneinander bestehen.
40) S. T. § 14 unter 4 und S. 70 f.
41) S. z. B. *Abrahamsohn*, S. 12 f.

Diese Gesichtspunkte zeigen deutlich, daß sich der Gesetzgeber vor einer offenbaren Unbilligkeit scheute, daß es daher leicht zu erklären ist, warum in § 1225 der ganze § 774 angeführt wurde.

Entscheiden wir uns also für die Ansicht, daß kein Redaktionsversehen vorliegt.

§ 21.

Erklärungsversuche für die Bezugnahme.

Nach **Koban**[42]) ist die Fassung: „mehrere Verpfänder haften nur nach § 426" ausgeschlossen, da die Verpfänder nicht persönlich haften. Deshalb könne ihnen gegeneinander auch der im § 774,2 (426 Abs. 1) den Mitbürgen gewährte obligatorische Ausgleichungsanspruch nicht zuerkannt werden. § 774,2 könne daher in seiner entsprechenden Anwendung nur lauten: „Mehrere Pfänder haften einander nur nach § 426." Hieraus sei nur das ganz allgemeine Prinzip zu entnehmen, daß im Falle irgend einer Subrogation in die alten Gläubiger- und Pfandrechte der subrogierte Pfandeigentümer aus den anderen Pfändern nur nach der Verteilungsregel des § 426 Regreß nehmen dürfe, sei es nach § 1225, sei es nach § 1249. Diesen Grundsatz müsse man auch weiter auffassen, daß derartige Pfänder nur nach der Verteilungsregel des § 426 herangezogen werden dürften, auch dann, wenn das alte Forderungsrecht samt seinen Nebenrechten vom Gläubiger freiwillig zediert wurde oder sonstwie eine Vereinigung der Gläubigerrechte mit dem Eigentume am Pfandobjekte eintrat.

Auch **Crome** ist dieser Ansicht, denn er sagt[43]): „Der Uebergang durch Subrogation tritt nur im Maße der erfolgten Befriedigung des ursprünglichen Pfandgläubigers ein", also (fügt er hinzu)[44]) „bei nicht vollständiger Befriedigung nur teilweise (Teilübergang). Unter mehrere Pfänder hat Verteilung pro rata einzutreten."

Daß die „entsprechende Anwendung" lauten soll: „mehrere Pfänder haften nur nach § 426", vermögen wir nicht einzusehen. Wir stimmen insofern **Abrahamsohn**[45]) zu, wenn er darauf hinweist, daß in dem ganzen Paragraphen nur von Personen (Verpfänder, Pfandgläubiger) gesprochen wird, „und es vollkommen willkürlich ist, plötzlich von „Pfändern"" zu reden[46]) [47]).

---

42) S. 199 f.
43) § 496 S. 836.
44) In A. 43.
45) S. 10 f. A. 2.
46) Sein Endergebnis jedoch s. T. § 38.
47) Vgl. ausführlicher T. § 23 bes. A. 66.

Der Hinweis in § 1225 auf § 774 hat sicherlich mehr Bedeutung, als eine reine Verteilungsregel aufzustellen (wie Koban annimmt), er will den dritten Pfandeigentümern einen Ausgleichungsanspruch gewähren. Wie wir betonten[48]), ist das Pfandrecht kein rein dingliches Recht, sondern es hat auch Anklänge an das obligatorische Recht. Die Drittverpfänder werden im Ausgleichungsverhältnis wie Mitbürgen behandelt. Sie erhalten gegenseitig im Zweifel Ausgleichungsansprüche, wie jene. Das ist die obligatorische Seite. — Aber zur Sicherung dieses obligatorischen Rechts können sie sich an ihre Pfänder gegenseitig halten[49]), das ist die dingliche Seite.

Angenommen z. B., S. schuldet an G. 1000, D. 1 hat ein Pfand von 500 bestellt, D. 2 ebenfalls. D. 1 zahlt 1000. Er erwirbt die Forderung von 1000 gegen S. (§ 1225 S. 1), die Ausgleichungsforderung von 500 gegen D. 2 (§§ 1225 S. 2, 774,2 426), sein Pfandrecht erlischt (§ 1256). Die Forderung hätte er auch als Mitbürge erworben. Aber hier kommt noch mehr hinzu: Zu ihrer Sicherung kann er sich an das Pfand von D. 2 halten. Eine gerechte Lösung, die der Doppelnatur des Pfandrechts Rechnung trägt!

Zu einer anderen Auslegung kommt **Sternberg**[50]). Er schließt aus § 1225:

„Auf den zahlenden Verpfänder gehen andere für dieselbe Forderung bestehenden Pfandrechte nur insoweit über, als er auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses (da eine gesetzliche Ausgleichungspflicht für mehrere Verpfänder nicht gegeben ist) von den anderen Verpfändern Ausgleichung verlangen kann."

Wie Sternberg zur Ableugnung der gesetzlichen Ausgleichungspflicht für Mitbürgen gekommen ist, haben wir T. § 12 S. 23 f. ausgeführt. Wäre er bei seiner (Seite 546 ausgesprochenen) Meinung geblieben, so hätte er sagen müssen: „Weil für Mitbürgen eine gesetzliche Ausgleichungspflicht nach § 774,2 und § 426 besteht, besteht sie nach § 1225 S. 2 auch für Mitverpfänder." Mit dem Sturze der Voraussetzung, die er auf S. 550 aussprach, fällt auch die dortige Folgerung.

Das Gesetz hat in § 1225 offenbar die Absicht, den Drittverpfänder in seinen obligatorischen Ansprüchen so zu behandeln, wie den Mitbürgen — Forderungsübergang gegen den Hauptschuldner und gegenseitiger Ausgleichungsanspruch —; daß er gleichzeitig ein Mehr (Sicherung durch das Pfand) erhält, liegt eben im Wesen des Pfandrechts als eines Rechts, das zur dinglichen Seite hinneigt.

48) T. S. 37, dagegen aber T. § 41 S. 76.
49) Aber nur bei vollständiger Befriedigung, s. darüber T. § 24.
50) S. 550 ff.

Weshalb soll nun der gegenseitige Ausgleichungsanspruch unter Drittverpfändern eine Ungerechtigkeit darstellen?

Wenn ich mich persönlich für die Sicherung einer Forderung einsetze, also eine Bürgschaft übernehme, so tue ich dies allerdings als Rechtspersönlichkeit mit der Gesamtheit meiner aktiven vermögensrechtlichen Beziehungen, während bei dem Rechtsgeschäft der Pfandbestellung für fremde Schuld, der Hingabe einer Sache, das Rechtsgeschäft sich in einer bestimmten Richtung, auf eine bestimmte Sache, konzentriert [51]).

Aber im Hinblick auf die anderen Personen, die die Schuld in gleicher Weise gesichert haben? Schaut nicht im Verhältnis der Pfand„bürgen" zueinander wieder das obligationenrechtliche Wesen heraus? Ist es da wirklich ein so großer Unterschied, ob zwei mit ihrer Person sich verpflichtet haben für eine fremde Schuld, oder nur mit Sachen?

Cohn[52]) meint nun: „Der Schwerpunkt (bei der Gesamtschuld) ruht jetzt nicht mehr in dem einheitlichen Entstehungsgrunde der Schuld, sondern in der Gleichheit der Leistung. . . . Ist aber für die Gesamtschuld die Einheitlichkeit des Entstehungsgrundes entbehrlich, spitzt sich alles auf die Gleichheit der Leistung zu, so trägt der Drittverpfänder mit dem Bürgen an derselben Last und zwar selbst dann, wenn die eine Verpflichtung der anderen nachfolgt. Bedeutsam ist es daher, daß der § 774,2 auf Mitbürgen . . . die Haftung nach § 426 zur Anwendung bringt und daß für Mitverpfänder nach § 1225 das Gleiche gilt."

Dieser Ansicht können wir insofern zustimmen, als im Innenverhältnis dingliche Sicherer wie Mitbürgen, also auch wie Gesamtschuldner, ausgleichungsberechtigt sind. Ueber das gesamtschuldnerische Verhältnis dem Gläubiger gegenüber sind wir jedoch anderer Auffassung [53]).

Das Gesetz hat demnach eine durchaus gerechte Bestimmung getroffen, indem es die Drittverpfänder in ihren Ausgleichungsansprüchen den Mitbürgen gleichstellt. Es lehnt nicht nur, wie **Schulz**[54]) ausführt, das unhaltbare Resultat ab, daß derjenige Eigentümer seine Regreßforderung gegen den persönlichen Schuldner pfandrechtlich gesichert hätte, der den Gläubiger zuerst befriedigt; — es erklärt sich auch gegen das Ergebnis, das **Sternberg** seinen unrichtigen Voraussetzungen[55]) folgen läßt, daß der zahlende Verpfänder

51) RGRK zu § 1225 A. 1 z. B. hebt diesen Unterschied besonders hervor.
52) S. 412 f.
53) s. T. § 41.
54) S. 70 unter a. S. auch T. S. 40, A. 39.
55) Sternberg, S. 559 f. s. T. S. 23 f.

die Last nicht auf einen anderen Pfandeigentümer abwälzen könne[56]), sondern daß lediglich die Wahl des Gläubigers dafür entscheidend sein soll, an welchem Pfande er sich befriedigen will. — Was man bei der Mitbürgschaft als Ungerechtigkeit erkannte, soll man nicht bei Drittverpfändern zulassen[57]). Diese Ungerechtigkeit hat das Gesetz auch in § 1225 abgewandt[58]).

§ 22.

Haftung der Pfandstücke für bestimmte Höchstbeträge.

Bisher hatten wir stets angenommen, daß das vom Drittverpfänder gegebene Pfand für die ganze Forderung haften soll und daß es den Wert der Forderung deckt. Wie ist in den anderen Fällen zu entscheiden?

1. Angenommen, das Pfand soll für einen anderen Betrag haften, als die Forderung beträgt. Man könnte zum Vergleich die Höchstbetragsbürgschaft heranziehen.

a) Auszuscheiden ist hier, wie bei der Bürgschaft, der Fall, daß die Sollhaftung über den Wert der Forderung hinausgeht. Hier haftet das Pfand, wie im Regelfalle, nur für die Forderung in ihrem jeweiligen Bestande (§ 1210); auch im Ausgleichungsverhältnis wird diese Summe zu Grunde gelegt.

b) Anders jedoch ist zu unterscheiden, wenn der Sollbetrag der Pfandhaftung die Forderung nicht erreicht. Dies wird wohl häufig dann vorkommen, wenn der Verpfänder sein Pfand für den gerade bestehenden Schuldbetrag oder einen Teil desselben haften lassen will in der Besorgnis, wegen § 1210 könne die Forderung und damit auch die Pfandhaftung zu groß werden und für ihn daher nicht stets zu übersehen sein.

Haftet das Pfand nur für diesen Teilbetrag, so kann es mit dessen Zahlung ausgelöst werden. Der Verpfänder gilt den anderen Verpfändern gegenüber auch nur mit dieser Summe als ausgleichungspflichtig[59]).

Ist die Schuldsumme also 10 000, und hat D. 1 ein Pfand gegeben, das für die ganze Summe, D. 2 hingegen ein Pfand, das nur für 1000 haften soll, und zahlt D. 2 1000, so erhält er sein Pfand zurück und erwirbt eine Ausgleichungsforderung gegen D. 1

---

56) also auch nicht teilweise!

57) der Schritt von dem persönlich haftenden Mitbürgen zum dinglich haftenden Drittverpfänder ist allerdings ein weiterer als von diesem zum Immobiliar-Drittverpfänder. S. T. S. 59.

58) Vgl. auch Emmerich, S. 516 A. 564 und Schulz, S. 46 und 68 ff., Breit und Martinius, a. a. O.

59) So auch Schulz, S. 73.

von 500. Das Pfand des D. 1 bleibt natürlich im Besitze des Pfandgläubigers bis zur vollen Tilgung[60]). D. 1 erhält hingegen sein Pfand erst dann, wenn er 10 000 geleistet hat. Für seine Ausgleichungsforderung von 500 kann er sich an das Pfand von D. 2 halten, das vom Pfandgläubiger natürlich sofort herauszugeben ist.

A. A. ist **Emmerich**[61]), nach dem Mitverpfänder, ebenso wie Mitbürgen, trotz verschieden hoher Haftung gegenüber dem Gläubiger, eine gleich hohe Ausgleichungshaftung haben.

U. E. gibt es, ebenso wie eine Mitbürgschaft im engeren[62]) und im weiteren Sinne, auch eine entsprechende Sollhaftung von Pfändern.

Auch hier unterscheiden wir wieder, ob jemand sein Pfand hingegeben hat mit der Erklärung, daß dieses mit dem von einem andern gegebenen für eine bestimmte Summe haften soll, oder ob der Betreffende das Pfand haften lassen will ohne Rücksicht darauf, ob und wieviel sein Mitverpfänder dem Gläubiger zahlt bezw. dieser von jenem einzieht.

§ 23.

Unmaßgeblichkeit des Pfandwertes für die Ausgleichung.

2. Eine andere Frage ist die, ob der Wert der Pfandsachen für die Ausgleichungspflicht wesentlich ist.

a) Auch hier ist wieder belanglos, ob das Pfand einen größeren Wert hat, als die Forderung beträgt, oder nicht. Dies liegt im Wesen des Pfandrechts, wie schon die Definition des Wortes „Pfandrecht" in § 1204, sowie die Bestimmung des § 1247, besagt:

„Soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, gilt die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt." Den überschießenden Erlös hat der Pfandgläubiger demnach dem Verpfänder herauszugeben.

b) Bestritten ist die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn der Wert des Pfandes die Sollhaftung nicht erreicht. Daß der Verpfänder über den Wert des Pfandes hinaus nicht haftet, ist selbstverständlich. Es wäre dem Wesen des Pfandrechts völlig widersprechend, wenn er gar zu Nachleistungen herangezogen werden sollte.

Wie steht es aber mit dem Ausgleichungsverhältnis? Welche Summe ist hier als Ausgleichungssumme einzusetzen?

Martinius[63]) meint, ein der Mitbürgschaft entsprechendes Verhältnis könne „günstigenfalls in Höhe des Wertes der minder wert-

60) S. T. § 24.
61) S. 519 A. 568. S. darüber T. § 16 S. 30 ff.
62) diese verglichen wir T. S. 31 A. 94 mit der Gesamtschuld.
63) S. 543 f.

vollen Pfandsache angenommen werden". Der Ausgleich soll „entsprechend dem unter Mitbürgen durch Zahlung zu bewirkenden nur durch Beschränkung der Pfandhaft herbeigeführt werden", und zwar im Normalfalle auf die ideelle Hälfte des Wertes der minder wertvollen Sache. „Das Pfandrecht an der wertvollen Sache . . ist auf denjenigen ideellen Teil jener Sache zu beschränken, welcher sich ergibt, wenn man von ihrem Wert den halben Wert der minder wertvollen Sache abzieht und den Rest als Zähler, den Wert der wertvolleren Sache aber als Nenner eines Bruches einstellt." Als Beispiel führt Martinius eine Schuld von 9000 und zwei Pfänder im Werte von 9000 und 2000 an. Bezahlt B. 9000, so beschränkt sich sein Pfandrecht an der Sache des A. auf $8000/9000 = {}^{8}/_{9}$.

Auch **Lippmann** befaßt sich am Schlusse seiner Ausführungen[64]) mit dieser Frage: Wenn das Pfand wertlos ist, bleibt nach Befriedigung des Drittverpfänders und bei Insolvenz des Hauptschuldners „die Last der Schuld schließlich auf dem Bürgen liegen"[65]), da er nichts aus dem Pfande herausschlagen kann. Der Drittverpfänder stehe da, „wie jeder beliebige Dritte, der den Gläubiger befriedigt. Reicht das Pfand nur zu einer teilweisen Befriedigung aus, so ist teilweise der Bürge, teilweise der Drittverpfänder der besser Berechtigte"[66]).

Eine andere Auffassung vertritt **Schulz**[67]). Der juristische Wert des Pfandrechts bemißt sich nach ihm „allein nach dem Werte, den der Gläubiger . . . aus der Sache herausziehen darf, ohne Rücksicht auf den Wert der Sache selbst". Der Wert bleibt nach Schulz ohne Ansatz, „genau so, wie bei der Ausgleichung unter Mitbürgen der Wert des Vermögens der einzelnen Mitbürgen außer Betracht bleibt".

Diesen Ausführungen können wir nur zustimmen: Sollte der Wert der Pfandsache entscheidend sein, so wäre jeder Pfandgläubiger gezwungen, diesen genau abtaxieren zu lassen. Bei manchen Gegenständen wird er sehr schwer festzustellen sein (denken wir an alte Wertsachen, Gemälde, aber auch an andere Gebrauchsgegenstände usw.). Der Wert mancher Sachen kann auch schwanken[68]) (z. B. solcher, die einen Börsen- und Marktpreis besitzen). Meint nun Martinius den ursprünglichen, bei der Verpfändung festgestellten Wert der Pfandsache, oder den Wert, den diese im Augenblick der Zahlung des Ver-

---

64) S. 185 f.

65) Ueber Lippmanns Ansicht bezgl. der Ausgleichung s. T. § 37.

66) Vgl. auch Koban, S. 199 f., der diese Ansicht aus seiner Auslegung der §§ 1225 und 774, II herleitet: „Mehrere Pfänder haften einander . . ." Vgl. T. S. 41 f.

67) S. 72 f.

68) Vgl. Dähne, S. 81.

pfänders hatte? Die erste Möglichkeit haben wir oben schon abgelehnt. Wollte man nun die letztgenannte Ansicht folgerichtig durchführen, so wäre der Verpfänder, der den augenblicklichen Wert der Pfandsache bezahlt hat (vielleicht, weil die Sache im Börsenverkehr gesunken ist) frei.

Soll nun der Verpfänder nach Zahlung der geringeren Pfandwertsumme das Pfand einfordern können? Das werden die Befürworter der zweiten Möglichkeit selbst wohl kaum zugeben.

Der Gläubiger wird in einem solchen Falle mit Recht darauf hinweisen können, daß er das ursprünglich wertvollere Pfand zu einem höheren Preise hätte verkaufen können (wenn die Forderung fällig war), und daß der Wert des Pfandes später wieder steigen könne.

Wie aber die Ausgleichungsansprüche der Verpfänder gegeneinander sich gestalten sollen, ist noch schwieriger zu sagen, denn es müßte, um diese zu berechnen, der Wert der Pfänder im Augenblick der vollen (auch der teilweisen?) Zahlung der Schuld festgestellt und danach die Ausgleichungsansprüche berechnet werden. Man denke sich nun, es seien viele Pfänder von teils schwankendem, teils sonst schwer feststellbarem Werte vorhanden! — Also schon vom praktischen Standpunkte aus ist die Ansicht von Martinius und Koban nicht durchzuführen. Aber auch formal-juristisch ist sie nicht zu halten, aus dem Gesetze ist sie nirgends zu begründen [69]).

Auch **Emmerich**[70]) meint, der Wert der Pfandsachen sei auf die Ausgleichungsansprüche ohne Einfluß, allerdings mit dem in seiner Allgemeinheit nicht zu billigenden Hinweise darauf, daß die Ausgleichungspflicht mehrerer Mitbürgen trotz der rechtlichen Beschränkung der Haftung auf verschieden hohe Beträge unverändert bleibe[71]). Dem Endergebnis **Emmerichs** über die Verpfänder stimmen wir allerdings zu:

„Die Ausgleichungshaftung jeder Pfandsache ist doppelt beschränkt: rechtlich durch den Höchstbetrag ihrer Verhaftung, tatsächlich durch den Höchstbetrag ihres Wertes“ [72]).

§ 24.

Kein Uebergang des Pfandrechts bei Teilbefriedigung.

Es sei nunmehr die Frage erörtert, wie es bei einer teilweisen Befriedigung des Gläubigers mit dem Uebergange des Pfandrechts steht.

---

69) Vgl. T. § 21.
70) S. 519.
71) S. darüber näher T. § 16.
72) S. auch Dähne, S. 81, der die Ansicht von Koban und Martinius als „gekünstelt und unrichtig“ ablehnt.

Nach **Emmerich** entsteht „ein gemeinschaftliches Pfandrecht des leistenden und des befriedigten Gläubigers„[73]). Emmerich bezieht sich auf seine Ausführungen[74]), in denen er darzulegen sucht, daß bei Teilübertragung bzw. -übergang einer Forderung auch das Pfandrecht teilweise übergeht. Er sagt selbst[75]):

„Ein selbständiges Pfandrecht kann . . . für den neuen Gläubiger nur mit Zustimmung des Pfandeigentümers durch Neuverpfändung entstehen."

Später[76]) meint er aber, der neue Pfandgläubiger müsse neben dem alten „Subjekt des alten Pfandrechts" werden, „da durch Teilübertragung einer Forderung für den neuen Gläubiger kein neues selbständiges Pfandrecht neben dem alten entsteht, der neue Gläubiger aber eine Pfandsicherung erhalten muß". Letzterer würde ohne weiteres Besitzer, da unter „Besitz" im Sinne des § 1251,2 BGB. auch mittelbarer Besitz zu verstehen sei.

U. E. ist die Notwendigkeit nicht einzusehen, dem neuen Gläubiger bei Teilübertragung bezw. -übergang der Forderung ohne weiteres das Pfandrecht zu gewähren, da § 1250 lediglich von der Uebertragung d e r Forderung spricht, den Fall einer Teilforderung demnach unberücksichtigt läßt. Der neue Gläubiger kann ja mit dem alten besondere Vereinbarungen über ein neues Pfandrecht treffen, wenn ihm die neue Teilforderung nicht sicher genug zu sein scheint, einen gesetzlichen Anspruch darauf hat er aber nicht.

Bezüglich des Falles der Teilablösung durch den Drittverpfänder meint nun Emmerich, dieser (der „Mitpfandgläubiger") erwerbe ebenso wie der Teilerwerber einer pfandrechtlich gesicherten Forderung ein gemeinschaftliches Pfandrecht mit dem Pfandgläubiger, er dürfe nur „die aus der Teilablösung erworbenen Rechte nicht zum Nachteil des befriedigten Gläubigers geltend machen."

Jener hat z. B. „nicht das Recht auf Mitbesitz", „nur ein beschränktes Recht auf einen Anteil an den Nutzungen"[77]). „Hinsichtlich der Verwendungsansprüche greifen dieselben Erwägungen wie bei der Vollablösung Platz. Der ablösende Gläubiger hat also derartige Ansprüche nicht"[78]).

Hiergegen ist geltend zu machen, daß der teilweise Leistende mit der vorgeschlagenen Regelung g a r k e i n Pfandrecht erhält. § 1205,1 verlangt zur Bestellung des Pfandrechts Besitzübertragung, die nur

---

73) S. 277, vgl. die unter A. 629 ang. Literatur.
74) S. 259 f.
75) S. 259.
76) S. 260.
77) S. 278.
78) S. 279.

dann durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes auf den Pfandgläubiger ersetzt werden kann, wenn die Sache im mittelbaren Besitz des Eigentümers sich befindet (§ 1205,2). Letzteres kommt hier nicht in Betracht. Der Teilablösende hat nun weder Besitz noch Mitbesitz, was Emmerich zugibt (s. o.), noch einen solchen mittelbaren Besitz, aus dem heraus er nach § 1228 ff. Befriedigung suchen könnte. Dieses Recht hat nach wie vor der Gläubiger, der nach § 1225 und § 774,1 S. 2 nicht benachteiligt werden darf. — Der Vorteil, den ihm Emmerich bezüglich der Nutzungen überläßt, ist äußerst gering und soll noch nach einer schwierigen Berechnung gefunden werden.

Die Hauptsache ist und bleibt die volle Geltendmachung des (in der Vorstellung jetzt schon bestehenden) Pfandrechts des Verpfänders nach der vollständigen Befriedigung des Gläubigers, — und die hatte jener schon v o r der Teilbefriedigung.

Demgegenüber halten wir an der Ansicht von **Schulz** fest, die er bei der Mitbürgschaft mit dem Worte „Staffelverhältnis" gekennzeichnet hatte.

Wie dort[79]) gesagt wurde: „Regreßforderung und Restforderung stehen in einem Staffelverhältnis", so heißt es hier: „Das Regreßpfandrecht tritt hinter dem Pfandrecht des Gläubigers für den Rest der Forderung im Range zurück . . ."[80]).

Dem Gläubiger steht an der Pfandsache trotz der Teilbefriedigung seitens des Verpfänders die v o l l e Ausübung des Pfandrechts, also auch das Verkaufsrecht und das volle Recht auf die Nutzungen zu. Das Regreßpfandrecht kommt erst hinter dem Gläubigerpfandrecht in Betracht. Ueberträgt der Verpfänder seine Teilregreßforderung, so geht auch das Regreßpfand auf den Erwerber über.

§ 25.

Drittverpfänder und Eigentümer sind verschiedene Personen.

Zum Schluß sei noch der Fall erörtert, daß der Drittverpfänder nicht der Eigentümer der Pfandsache ist[81]).

Es sind hier folgende Fälle möglich:

1. Der Drittverpfänder hatte die Pfandsache in rechtmäßigem Besitz (Mieter, Entleiher, Verwahrer usw.).
   a) Mit Wissen und Willen des Eigentümers der Sache hat er sie verpfändet. Dann ist so zu entscheiden, als ob der

79) S. 93 f. unter III.

80) Vgl. auch die auf S. 94 A. 1 angegebene Literatur.

81) Es sei darauf hingewiesen, daß §§ 1143 und 1173 im Gegensatz zu § 1225 vom Eigentümer des verpfändeten Grundstückes sprechen. — Die Mehrheit der Kommission hatte sich dafür entschieden, ein besonderes gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Eigentümer nicht festzulegen. (Vgl. M u g d a n , Prot. III S. 290 f.; A b r a h a m s o h n , S. 31 f.).

Eigentümer sie selbst verpfändet hätte[82]). Der Eigentümer gilt als Drittverpfänder, der eigentliche Verpfänder scheidet aus.

b) Der Besitzer hat die Sache ohne Wissen des Eigentümers verpfändet.

α) Gläubiger und Verpfänder waren gutgläubig, d. h. beide meinten, letzterer sei der Eigentümer. Der Gläubiger hat dann ein rechtmäßiges Pfand erworben (§ 1207 i. V. m. § 932)[83]).

β) Nur der Gläubiger war gutgläubig. Dieser Fall ist ebenfalls analog der Eigentumsübertragung seitens eines Nichteigentümers zu behandeln. (§§ 1207 u. 932).

Der Gläubiger erwirbt also auch hier die Sache rechtmäßig als Pfand. Welche obligatorischen Ansprüche der Eigentümer gegen den Verpfänder hat, ist eine andere Frage.

Zahlt nun der Verpfänder, so kann er nach **Sternberg**[84]) das Pfandrecht zur Ausgleichung geltend machen. Der Eigentümer hat dann aber das Recht, die Sache auszulösen (§ 1249). Er erwirbt dadurch ein Rückgriffsrecht gegen den Hauptschuldner (§ 268,2, 3).

Anderer Ansicht ist **Abrahamsohn**[85]): „Löst nun der Verpfänder, welcher sich in bösem Glauben über sein Nichteigentum befindet, die Pfandsache vom Pfandgläubiger ein, so kann unmöglich das durch den guten Glauben des Pfandgläubigers entstandene Pfandrecht auf den böswilligen Verpfänder übergehen. . . Das Pfandrecht geht vielmehr unter, der einlösende Drittverpfänder erlangt nur den persönlichen Anspruch gegen den Hauptschuldner."

Letztere Entscheidung ist gerechter, widerspricht aber dem § 1225, der doch eben nur vom „Verpfänder" spricht.

γ) Der Erwerber war schlechtgläubig. — Wenn der Verpfänder (ob gutgläubig oder nicht, ist belanglos) einem schlechtgläubigen Dritten (der also weiß oder wissen muß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist), die Sache gegeben hat, tritt entsprechend der Bestimmung des § 932 („es sei denn . . .") kein Pfandrecht ein. Der Eigentümer kann die Sache jederzeit herausverlangen.

2. Der Verpfänder hatte die Sache gestohlen usw. Auch hier tritt, wie in 1, b, γ kein Pfandrecht ein (§ 1207 i. V. m. § 935[86]).

82) Sternberg, S. 554; Dernburg, III § 265, S. 742, 2.
83) Vgl. Abrahamsohn, S. 32 f.
84) S. 552 f.
85) S. 33.
86) Vgl. auch die beiden von Abrahamsohn, S. 32 behandelten weiteren Fälle, wenn der Verpfänder, der ursprünglich Eigentümer war, sein Eigentum aufgibt oder verliert.

3. Teil.

Ausgleichung unter Dritthypothekenbestellern.

§ 26.

Allgemeines.

Wenden wir uns nunmehr zur Darstellung des Verhältnisses von Verpfändern unbeweglicher Sachen zum Gläubiger und untereinander, den sogenannten „Dritthypothekenbestellern“[1]) und zur Frage nach deren Ausgleichung.

Vorausgesetzt ist hier folgendes: Für die Schuld des S. an G. hat E. 1 an seinem Grundstück eine Hypothek bestellt. Gleichzeitig mit ihm oder später hat auch H. 2 sein Grundstück zu diesem Zweck belastet.

Was zunächst die Berechtigung zur Zahlung anbelangt, so bestimmt § 1142: „Der Eigentümer ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist.“ Es gelten also dieselben Grundsätze wie bei Verpfändern beweglicher Sachen[2]).

Die Befriedigung kann nach § 1142,2 auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen[3]).

Bezüglich des Verhältnisses des Dritthypothekenbestellers zum Gläubiger und zu den übrigen Verpfändern fällt uns gleich ein scharfer Gegensatz zu den Verpfändern beweglicher Sachen auf. Während es dort gleichgültig ist, ob der Verpfänder freiwillig[4]) Zahlung leistete, oder ob der Gläubiger an dem Gegenstande durch Verkauf Befriedigung fand, sind bei mehreren[5]) Immobiliardrittverpfändern diese beiden Fälle voneinander zu trennen. Der eine ist

1) S. T. § 1 A. 1.
2) Vgl. T. § 17 und für den Bürgen T. § 4.
3) Vgl. T. S. 35 und über die Aufrechnungsmöglichkeit des Bürgen T. S. 13 f.
4) Vgl. T. S. 35 A. 5.
5) Nicht jedoch bei einem S. Neumann zu § 1182 A. 1.

in § 1143 bezw. § 1173, der andere in § 1182 geregelt. Erörtern wir zunächst den ersten Fall:

§ 27.

Bestimmungen des § 1143.

§ 1143 bestimmt:

„Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774,1 finden entsprechende Anwendung."

Der erste Satz, der dem § 774,1 S. 1 und dem § 1225,1 S. 1 entspricht, sagt uns nichts neues: Auch hier geht die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner insoweit, also in dem Umfange, auf den Dritthypothekenbesteller über, als er Zahlung leistet, sei es ganz oder nur teilweise[6]). Mit der Forderung geht nun auch nach § 1153 die Hypothek über, soweit der Gläubiger befriedigt ist. In Wirklichkeit ist eine Grundschuld vorhanden (§§ 1177 und 1197), die jedoch als Hypothek *behandelt* wird. Tritt sie nämlich der Eigentümer ab, „dann braucht sie nicht erst in eine Hypothek verwandelt zu werden. Auch wenn der Eigentümer das Grundstück veräußert, behält er die Post als Hypothek"[7]).

Auch die Bezugnahme des § 1143 S. 2 auf die übrigen Sätze des § 774,1 entspricht der des § 1225 S. 2. Der Uebergang kann demnach nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden[8]) und Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Dritthypothekenbesteller bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt[9]).

Ein zweiter schwerwiegender Gegensatz zum Mobiliar-Drittverpfänder ist aber nunmehr ersichtlich. Im Gegensatz zu § 1225 S. 2 ist in § 1143 S. 2 nicht der ganze § 774, sondern nur dessen erster Absatz zitiert. Die Bestimmung des § 774,2: „Mitbürgen haften einander nur nach § 426" wird also hier nicht herangezogen.

Warum? Hatte der Gesetzgeber einen besonderen Grund hierfür[10])? Dies soll näher untersucht werden.

---

6) RGRK. A. 2.

7) *Löwenherz*, a. a. O. S. 92 unter 5.

8) Bei Teilbefriedigung geht der Gläubiger demnach mit seiner Regreßforderung vor. Vgl. T. S. 15 und § 24.

9) *Bruck*, a. a. O. S. 206 macht einen Unterschied zwischen der Hypothek des Eigentümers und der Eigentümerhypothek. Die erstere, die stets die „Nichtidentität von Grundstückseigentümer und persönlichem Schuldner" voraussetzt (S. 198) entsteht nach ihm dann, wenn alle Grundstücke, auf denen die Gesamtbelastung ruht, einem Eigentümer gehören und dieser den Gläubiger befriedigt (§ 1143); andernfalls entstehe eine Eigentümerhypothek.

10) Vgl. für das Folgende T. S. 36 ff.; besonders die auf S. 38 mitgeteilte Ansicht von *Bendix*.

§ 28.

Bestimmungen des § 1173 Abs. 1.

Für den Fall, daß mehrere Immobiliar-Drittverpfänder vorhanden sind, verweist uns der Abs. 2 des § 1143 auf den § 1173. Nach § 1173 erwirbt der den Gläubiger befriedigende Drittverpfänder die Hypothek an seinem Grundstücke; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt.

§ 1173,2 bestimmt nun: „Kann der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen, so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke Gesamthypothek."

Schon die Verweisung des § 1143 zeigt, daß § 1173 der, wie § 1143, schlechtweg vom „Eigentümer"[11]) redet, sowohl den Fall betrifft, daß der Eigentümer *persönlicher* Schuldner ist, wie den Fall, daß *nur sein Grundstück* haftet. Der regelmäßigere Fall ist der erstere. Dieser sei zunächst erörtert.

Nach § 1173,1 S. 1 erwirbt der Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke die Hypothek an seinem Grundstück, wenn er den Gläubiger befriedigt. Hierdurch wird diese zur Einzelhypothek[12]). Das Erlöschen der übrigen Hypotheken vollzieht sich kraft Gesetzes, eine Löschung im Grundbuche ist daher nicht erforderlich und dient nur zur Berichtigung des Grundbuches[13]).

Der Befriedigung des Gläubigers ist die Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers gleichgestellt (§ 1173,1 S. 2), sowie jede andere Art der Tilgung der Schuld, z. B. Annahme an Erfüllungsstatt, Aufrechnung, Hinterlegung[14]) — nur nicht die Befriedigung durch Zwangsvollstreckung, die ja in § 1182 geregelt ist[15]).

Bei *teilweiser* Befriedigung des Gläubigers erwirbt der Eigentümer die Gesamthypothek nur zu diesem Teile als Einzelhypothek an seinem Grundstücke, an den anderen Grundstücken erlischt sie auch nur insoweit[16]).

---

11) s. T. S. 49 A. 81. Der Fall, daß ein Nichtberechtigter die Hypothek bestellt, soll aus der Erörterung ausscheiden.

12) *Planck*, zu § 1173 A. 3; *Neumann*, 2a; *Staudinger*, I, 1 S. 887; *Endemann*, S. 819; „Sondereigentümer-Grundschuld".

13) *Planck*, A. 3; *Staudinger*, 1, d*α*; RGRK A. 3; *Endemann* §124 S. 819 A. 52; *Crome*, § 482 S. 787.

14) § 1142, 2.

15) s. T. § 33 S. 60 ff., vgl. auch *Planck*, S. 661, 2 b, *α*.

16) *Staudinger*, zu § 1173 S. 888, 1, e; *Planck*, S. 664, 4, b; *Crome*, § 482 S. 788, erster Satz; *Turnau-Förster*, A. 4.

Haftete das Grundstück des Drittverpfänders nur für einen Teil der Hauptschuld und bezahlt er diesen ganz, „so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstücke als Einzelhypothek, an den übrigen Grudstücken erlischt sie[17]), soweit der Gläubiger befriedigt ist, und besteht zu ihrem Restbetrage an diesen Grundstücken als Gesamthypothek fort[18]).

§ 29.

Regelung des Ausgleichs durch § 1173 Abs. 2.

Was würde nun daraus folgen, wenn § 1173,1 allein bestünde, wenn also Abs. 2 bezüglich des Ausgleichs keine besondere Regelung geben würde?

Hierauf gibt die Denkschrift[19]) Antwort. Sie sagt: „Es liegt kein Grund vor, aus der von dem einen Eigentümer bewirkten Befriedigung die anderen Eigentümer Vorteil ziehen zu lassen. Andererseits wäre es mit dem Wesen der Gesamthypothek nicht vereinbar und den anderen Eigentümern gegenüber unbillig, wenn im bezeichneten Falle der den Gläubiger befriedigende Eigentümer die Hypothek nicht nur an seinem Grundstücke, sondern auch an den ihm nicht gehörenden Grundstücken erwerben und dadurch in die Lage kommen würde, sie an seinem Grundstücke löschen zu lassen, an einem der anderen Grundstücke aber geltend zu machen. Einer derartige Regelung muß besonders für den Fall abgelehnt werden, daß vermöge des zwischen ihnen (d. h. den Eigentümern der belasteten Grundstücke) „bestehenden Rechtsverhältnisse der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt hat, den anderen Eigentümern gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war“[20]).

Aus den hier angeführten Gründen macht der Abs. 2 des § 1173 den Uebergang der Hypothek an dem Grundstücke eines der anderen Hypothekenbesteller auf den befriedigenden von einem Ersatzanspruch des befriedigenden abhängig[21]).

In welchen Fällen hat nun der befriedigende einen Ersatzanspruch?

---

17) Vorausgesetzt ist, daß dem zahlenden Teilhypothekenbesteller keine Ausgleichungsansprüche zustehen.

18) Turnau-Förster, A. 4 S. 949. Zum Vergleich diene hierzu der von Schulz S. 89 behandelte Fall des Teilbürgen, der den Teil voll bezahlt hat.

19) Vgl. Mugdan, III, S. 987 zu S. 147.

20) Vgl. Staudinger, S. 887 I, 1a; Planck, A. 1 S. 660 f. Sternberg S. 559 f.

21) Man spricht hier von Ersatzhypothek; siehe die Kommentare. Bruck, S. 210: „Rückgriffshypothek“.

Ohne Zweifel, wenn er einen obligatorischen Ersatzanspruch gegen den oder die anderen hat[22]).

Dieser obligatorische Anspruch kann bestehen:

a) zunächst auf Grund eines Rechtsgeschäftes (ausdrücklicher oder stillschweigender Erklärung der Parteien[23]) [24]),

b) dann kraft gesetzlicher Grundlage, z. B. auf Grund der §§ 426, 774 oder 2167/68, wenn also der Zahlende und der andere Grundstückseigentümer Gesamtschuldner oder Mitbürgen waren[25]). —

Hier müssen wir Halt machen und von dem allgemeinen Thema, — Gesamthypothekenbesteller, — zum besonderen, — Dritthypothekenbesteller, — zurückkommen.

Wie wir ausführten, zeigt die Verweisung des § 1143, daß § 1173 nicht nur für den weiter gefaßten Fall der Gesamthypotheken, sondern auch für den engeren gelten solle, daß mehrere Dritte für eine fremde Schuld ihre Grundstücke mit Hypotheken belastet haben.

Wie verhält sich diese Voraussetzung zu den oben genannten Fällen?

Der Fall unter a) muß ohne weiteres ausscheiden, da wir ja stets den „Zweifelfall" angenommen haben, daß nämlich ausdrückliche oder stillschweigende Erklärungen der Parteien nicht vorliegen.

Wie steht es aber mit dem zweiten Falle? Hat man anzunehmen, daß Immobiliar-Drittverpfänder ebenso wie z. B. Gesamtschuldner, Mitbürgen usw. in einem gesetzlichen Ausgleichungsverhältnis stehen? Das Gesetz gibt keinen Anhaltspunkt, es fehlt „im Gesetz an Bestimmungen für die Ausgleichung wie gegen sie"[26]).

Soll man nun in das gegenseitige Verhältnis von Immobiliardrittverpfändern eine gesetzliche Ausgleichungspflicht, analog der unter Gesamtschuldnern, hineininterpretieren?

---

22) Vgl. die Kommentare zu § 1173, z. B. Staudinger II, 2, S. 888: „Eine Art hypothekarische Succession."; Turnau-Förster, S. 951, A. 7; Crome, III § 482 S. 787 A. 46; Planck 4, a und 4, b. S. 663: „Die Hypothek an dem eigenen Grundstück ist also, wenn sie die Höhe des Ersatzanspruches übersteigt, bis zum Betrage des Ersatzanspruches Gesamthypothek, im übrigen Einzelhypothek." S. auch Endemann, S. 819 A. 54.

23) Dies liegt im Wesen der Sache. Vergl. die im T. A. 22 angef. Kommentare zu § 1173.

24) Parteivereinbarungen sind zunächst auch zu untersuchen, wenn z. B. von Parzellenerwerbern, die die auf dem Stammgrundstück ruhende Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernehmen, einer den Gläubiger befriedigt. (In der Literatur häufig erwähntes Beispiel, s. z. B. Turnau-Förster, a. a. O., Biermann, A. 2a.)

25) Vgl. Turnau-Förster, A. 7; Biermann, A. 2a; Planck, A. 4a; Staudinger, II, b, alle zu § 1173.

26) Schulz, S. 71.

§ 30.

Ansichten der Literatur.

In der Literatur vereint man diese Frage überwiegend[27]).

Crome z. B.[28]) verlangt ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen den Gesamthypothekenbestellern, also auch wegen § 1143,2, „der den § 1173 bezieht"[29]).

Koban[30]) hält das Resultat allerdings für unbefriedigend und meint für die Praxis, Verabredungen über die künftige Ausgleichung würden zwischen den Bestellern von Hypotheken allerdings häufiger als zwischen Verpfändern und Bürgen vorliegen, „denn Hypotheken werden erfahrungsgemäß nur für größere Summen und in der Regel gemeinsam bestellt." Sollten aber solche Vereinbarungen doch fehlen, und dies komme, wie die Erfahrung lehre, nicht selten vor, dann sei im deutschen Recht für eine Ausgleichung keinerlei Vorsorge getroffen.

Zum Schlusse sei **Sternberg**[31]) erwähnt: Er meint, das Gesetz habe ganz bewußt eine Verteilung der Haftungslast unter mehrere Grundstückseigentümer abgelehnt. Für die Verneinung dieser Frage seien für das Gesetz zwei Gründe maßgebend gewesen. Einmal lasse sich eine Ausgleichungspflicht hier rechtlich nicht begründen, weil eine Rechtsgemeinschaft wie unter Gesamtschuldnern unter den wechselnden Eigentümern der verschiedenen Grundstücke nicht bestehe. Sodann wäre aber auch ein richtiger Maßstab für die Verteilung der Last auf die einzelnen Grundstücke nicht zu finden[32]). Der Gläubiger habe also die Entscheidung darüber, welches Grundstück zu seiner Befriedigung dienen und auch endgültig die Last tragen soll. Angesichts der klaren Bestimmung des § 1173 seien die Sicherungspflichtigen nicht zum Ausgleich verbunden[33]).

Eine andere Auffassung vertritt vor allem **Schulz**[34]). Er weist auf das widerspruchsvolle Ergebnis hin, das man erhält, wenn man an eine Ausgleichungsmöglichkeit zwischen zwei Mobiliarverpfändern denkt gegenüber dem Falle, daß eine Forderung durch ein Mobiliarpfand und eine Hypothek, und endlich, daß sie durch zwei Hypotheken

---

27) Vgl. die Zusammenstellung bei Sternberg, S. 549 A. 9.
28) § 482 S. 787 A. 46.
29) A. 44 a. a. O.
30) S. 201 f.
31) S. 547 ff. und 559 f.
32) Dies meint auch Crome, III, S. 780 f. A. 35: "Es spielen zu viele Personen mit, deren Interesse ein entgegengesetztes ist."
33) Der h. M. sind u. a. auch Staudinger, zu § 1173, I, 1, b und II, 2 S. 888f.; Endemann, S. 819 A. 53; Biermann zu § 1132 A. 1 und zu § 1173 A. 2, a.; Turnau-Förster, A. 7; Planck, A. 4a und RGRK. A. 7. Auch Bruck, A. 7. Auch Bruck, S. 208 leugnet eine gesetzliche Regreßpflicht unter den „Gesamthypothekarschuldnern (den Eigentümern)."
34) S. 62 f. u. S. 71.

gesichert ist. Nach Schulz findet in allen diesen Fällen verhältnismäßige Ausgleichung statt. Schwierigkeiten könnte allein der § 1173 machen, doch er lasse sich zwanglos in folgender Weise interpretieren: „der § 1173 regelt nur den Regreß grund Erfüllung fremder Verbindlichkeiten, nicht die Ausgleichung." Es sei allerdings richtig, nur wenn der zahlende Eigentümer einen obligatorischen Ersatzanspruch gegen den anderen hat, erhalte er auch die Hypothek unbedingt in Höhe dieses Ersatzanspruches, unter Umständen also in dem vollen Umfange, in dem sie der Gläubiger besessen hat. Ueber den Fall der Ausgleichung, d. h. wenn für beide Eigentümer die gesicherte Verbindlichkeit eine fremde ist, bestimmt das Gesetz nichts, denn für diesen Fall aus § 1173 ein argumentum e contrario zu ziehen, nötigt nichts, und es kann daher auch hier eine Ausgleichung stattfinden: der zahlende Eigentümer erhält die Hypothek am Grundstück des anderen pro rata."

Auch **Breit**, der die Theorie der gegenseitigen Ausgleichung mehrerer dritter Sicherer zuerst aufgestellt hat[35]), legt den § 1173 anders aus als die h. M. Er sagt[36]): „. . . ob . . . mit dem Uebergange der Forderung auch die an den anderen Grundstücken bestehenden Hypotheken auf ihn" (den zahlenden Eigentümer) „übergehen, . . hängt nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes davon ab, daß er von dem betreffenden Eigentümer Ersatz verlangen kann. Das ist nicht in der Eigenart der Gesamthypothek begründet, sondern ist der Ausfluß eines allgemeinen . . . . Rechtsprinzips, das in gleicher Weise gilt, wenn mehrere andere, von dritten bestellte Sicherheiten nebeneinander bestehen. Nichts ist daher verkehrter, als von einer „„schwerwiegenden Ausnahme"" von den §§ 1143, 1153, 401, 412 zu reden, wie es **Fischer-Henle**[37]) in Uebereinstimmung mit allen übrigen Kommentaren tun. Das Erfordernis eines Ersatzanspruches für den Uebergang der Gesamthypothek auf den befriedigenden Eigentümer ist die bloße Anwendung der oben dargelegten Regel auf den speziellen Fall der Gesamthypothek. Auch ohne die ausdrückliche Bestimmung des § 1173 hätte die Auslegung zu der Erkenntnis gelangen müssen, daß sich nicht aus den §§ 1143, 1153, 401, 412 aus der bloßen Tatsache der Befriedigung des Gläubigers der Uebergang der Gesamthypothek auf den befriedigenden Eigentümer herleiten läßt."

Auch **Bendix**[38]), der für eine gegenseitige Ausgleichung ist, meint, den Mitbürgen in § 774,2 und den Mitverpfändern in § 1225 entsprächen die mehreren Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke.

---

35) Näheres T. § 39 unter b.
36) S. 291 f.
37) Zu § 1173 A. 4.
38) S. 89 f.

Schließlich sei für besagte Auffassung auch **Cohn**[39]) erwähnt. Er meint: „Haftet die Schuld auf dem Grundstück des Drittverpfänders A. und . . . . B. zur Gesamthaft und befriedigt A. den Gläubiger C., so erwirbt er, wenn er von B. Ersatz verlangen kann, und dies wird, wenn beide für eine fremde Schuld ihre Grundstücke als Pfand gesetzt, als Regel gelten, — die Gesamthypothek an beiden Grundstücken nach Abs. 2 des § 1173. B. schuldet ihm aber den Ersatz nach § 426 nur zur Hälfte, er erwirbt also auch die Hypothek . . . nur in Höhe dieses Ersatz- oder Ausgleichungsanspruches."

Cohn meint zu der Frage, warum § 1143 nicht auch, wie § 1225, den Abs. 2 des § 774 angeführt habe, ein derartiges Zitat wäre ungenau und irreführend. Es „müßte den Zweifel hervorrufen, ob der Ausgleichungsanspruch nur mit der Teilhypothek des mithaftenden Grundstücks ausgestattet ist, oder ob die Gesamthypothek trotz der Befriedigung durch den Eigentümer eines der Grundstücke bestehen bleibt. Das Gesetz habe sich für das letztere entschieden, entsprechend dem Charakter der Eigentümerhypothek."

§ 31.

Eigene Ansicht.

Zu der Frage ist folgendes zu sagen: Nach der wörtlichen Auslegung des § 1173 scheint die h. M. Recht zu haben. § 1173,2 sagt klar und deutlich, daß auf den befriedigenden Eigentümer nur dann die Hypothek an dem Grundstücke des anderen Eigentümers und nur in soweit übergeht, als er einen Ersatzanspruch hat. Ist nichts ausgemacht, so hat der Befriedigende anscheinend keinen Ersatzanspruch und er trägt die Last, wenn der Gläubiger von ihm Befriedigung verlangt. Es ist dann in die Willkür des Gläubigers gestellt, wer endgültig bezahlen soll.

Schon diese Ungerechtigkeit, die die Anhänger besagter Theorie teilweise nicht ableugnen[40]), zwingt uns, nach einen Ausweg zu suchen.

Dieser Meinung mangelt aber auch jede Konsequenz. Wenn man, wie **Biermann, Endemann** usw., überhaupt auf dem Standpunkt steht, daß der zuerst Zahlende den Vorteil hat, — oder, wie **Strohal,** daß der Bürge bevorzugt ist, so ist man trotz der Ungerechtigkeit der betreffenden Auffassung wenigstens stets folgerichtig vorgegangen. — Aber wenn man einmal die Drittverpfänder sich genau so ausgleichen lassen will, wie die Mitbürgen[41]),

39) Ueber Bendix und Cohn, S. T. § 40.

40) z. B. Koban, S. 201 f.

41) Wie Staudinger, s. T. 19 A. 16 und § 30 A. 33. Andere (wie RGRK. zu § 1225) lehnen allerdings in beiden Fällen eine „Ausgleichung im Zweifel" ab.

dann muß man für die Verpfänder unbeweglicher Gegenstände zum gleichen Ergebnis kommen. Mag der Schritt vom Bürgen zum Pfande ein weiter gewesen sein, der zweite Schritt vom beweglichen zum unbeweglichen Pfande ist sicherlich ein kürzerer[42]). Er muß mit zwingender Notwendigkeit gemacht werden. Soll der Verpfänder einer beweglichen Sache den Vorteil der Ausgleichung wie der Mitbürge und der gewöhnliche Gesamtschuldner haben, der Verpfänder einer unbeweglichen Sache hingegen der reinen Willkür des Gläubigers ausgeliefert sein? Soll in dem einen Falle der Ungerechtigkeit vorgebeugt werden, daß ein jeder die Zahlung hinausschieben bezw. den Gläubiger zu bestimmen versuchen wird, den anderen zu belangen, — und in dem anderen Falle nicht? Das ist sicherlich zu verneinen.

Schulz[43]) hat nun ganz recht, wenn er meint: „Das steife Grundbuch kommt den queckfilberhaften Veränderungen des Ausgleichungsanspruches nicht so schnell nach," — es wird, besonders bei größerer Anzahl der Dritthypothekenbesteller manchmal schwer halten, die gegenseitige Ausgleichungssumme zu berechnen, aber, wie wir früher[44]) ausführten, ist dies bei Mitbürgen und bei Mobiliardrittverpfändern auch der Fall. Man braucht die sämtlichen Sicherer fremder Forderungen garnicht als Gesamtschuldner aufzufassen, wie Bendix es tut. Wir halten demgegenüber die von **Breit** empfohlene analoge Behandlung der §§ 774 und 1225 für das Richtigste.

Wir werden übrigens später darzulegen versuchen, zu welchen Ergebnissen man mit der gegenteiligen Auffassung gelangt, falls Immobiliar- mit Mobiliardrittverpfändern oder gar auch noch mit Bürgen zusammen stehen. In diesem Falle würde man nach strenger Auslegung des Gesetzes von einem Zweifel in den anderen geraten und aus dem Wirrwarr nicht herauskommen.

U. E. haften also mehrere Immobiliar-Drittverpfänder genau so gut im Ausgleichungsverhältnis, wie Drittverpfänder beweglicher Sachen, wie Mitbürgen, und überhaupt wie Gesamtschuldner.

Hinter den Worten: „Ersatz verlangen" des § 1173 Abs. 2 wäre u. E. zu denken:

„. . . und das kann er im Zweifel nach Kopfteilen, wenn er mit den anderen Eigentümern für eine fremde Schuld die Hypothek bestellt hat . . ."

---

42) S. T. S. 44 A. 57.

43) S. 46 A. 1, allerdings nur für den Fall, daß einer von mehreren Bürgen zugleich eine Hypothek bestellte. Das Gesagte trifft aber noch viel mehr. auf unsern Fall zu.

44) Vgl. T. § 13. — für Mitbürgen und § 23 für Mobiliardrittverpfänder.

§ 32.

Rückgriff und Ausgleichung im Falle der Zwangsvollstreckung.

Es bliebe noch das Verhältnis mehrerer Personen, deren Grundstücke gesamthypothekarisch haften, zum Gläubiger und zu einander zu erörtern, wenn der Gläubiger nicht freiwillig befriedigt wird, sondern wenn er die Zwangsvollstreckung in eins der Grundstücke betreibt.

Nach § 1181,1 erlischt die Hypothek, wenn der Gläubiger aus dem Grundstück befriedigt wird. Erfolgt die Befriedigung aus einem der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke, so werden auch die übrigen Grundstücke frei (§ 1181,2).

§ 1182 bestimmt nun: „Soweit im Falle einer Gesamthypothek der Eigentümer des Grundstücks, aus dem der Gläubiger befriedigt wird, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann, geht die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über. Die Hypothek kann jedoch, wenn der Gläubiger nur teilweise befriedigt wird, nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek und, wenn das Grundstück mit einem im Range gleich- oder nachstehenden Rechte belastet ist, nicht zum Nachteile dieses Rechtes geltend gemacht werden."

Der Sinn des Gesetzes ist der: Der Gläubiger hat die Wahl, aus welchem Grundstücke er sich Befriedigung suchen will[45]). Abgesehen davon, daß aus § 1181,1 das Gegenteil nicht zu ersehen ist, ist eine derartige Freiheit im Wesen der Hypothek begründet.

Im allgemeinen werden bei einer Gesamthypothek nicht nur das oder die Grundstücke frei, aus denen der Gläubiger Befriedigung sucht, sondern auch die anderen Grundstücke (§ 1181,2).

Hiervon macht jedoch § 1182 eine Ausnahme[46]): Hat der durch die Zwangsvollstreckung in Anspruch genommene Eigentümer einen Ausgleichungsanspruch gegen einen der mithaftenden Grundstückseigentümer, so gibt ihm § 1182 zu diesem persönlichen Anspruche eine dingliche Sicherung, die sogenannte Ersatzhypothek[47]). Hat der Eigentümer gegen mehrere andere Eigentümer Ersatzansprüche, so entsteht auch hier wieder eine Gesamthypothek[48]).

Da wir, wie bereits dargelegt, der Ansicht sind, daß mehrere für eine fremde Schuld haftende Dritthypothekenbesteller im Zweifel einen

---

45) S. z. B. Staudinger A. 1 S. 923; Planck, A. 1, S. 687.

46) Fischer-Henle, zu § 1181 A. 4.

47) So die Kommentare, z. B. Staudinger, A. 1, der der Ansicht ist, daß dadurch allein „durch Ausübung des freien Wahlrechts seitens des Gläubigers entsprechende Härten wieder ausgeglichen werden."

48) Staudinger z. § 1182, 2, e.

Ausgleichungsanspruch wie Mobiliardrittverpfänder haben, muß dies auch für den Fall gelten, daß der Gläubiger durch Zwangsvollstreckung Befriedigung sucht[49]). Da der befriedigende Drittverpfänder in Höhe seines Ausgleichungsanspruches die Hypothek an jedem der mithaftenden Grundstücke erwirbt, erwirbt er sie im Zweifel zu gleichen Teilen.

Ein Unterschied gegen den § 1173 ist hervorzuheben. Nach diesem bleibt die Ersatzhypothek mit der eigenen Hypothek Gesamthypothek, nach § 1182 erlischt die Hypothek an dem eigenen Grundstück (da es verkauft ist) und an allen übrigen[50]), an denen keine Ersatzforderung besteht. Letzteres kommt für unseren Fall nicht in Betracht, da wie gesagt, der Befriedigende gegen jeden mithaftenden Dritthypothekenbesteller im Zweifel eine verhältnismäßige Ausgleichsforderung hat.

Kurz sei auch auf Satz 2 hingewiesen. „Die sonstigen Realgläubiger des ausgleichungspflichtigen Grundstücks sollen durch diesen Uebergang der Hypothek nicht benachteiligt werden, zumal sie von vornherein mit der Möglichkeit, vorzurücken, gerechnet hatten[51]). Nach Satz 2 soll daher die Hypothek nicht zum Nachteil des gleich- oder nachstehenden Rechts geltend gemacht werden. Letzteres geht im Range vor."

---

49) Vgl. T. S. 35 A. 5 für den Mobiliardrittverpfänder.
50) Fischer-Henle, zu § 1182 A. 5; Staudinger, 2,e.
51) Staudinger, A. 5a; so auch Planck, A. 3.

4. Teil.

Ausgleichung unter ungleichartigen Sicherern.

§ 33.

Allgemeines.

Es sei schließlich das Verhältnis zwischen mehreren ungleichartigen Sicherungspflichtigen und deren Ausgleichung erörtert.

Die Ansichten, die sich in der Literatur über diese Frage ergeben, lassen sich folgendermaßen gruppieren:

1. Für die Haftungslast entscheidet die Zeit der Zahlung.

a) Der zuerst Zahlende kann sich an den anderen halten, der nicht Zahlende haftet demnach ganz (**Biermann, Endemann, Staudinger-Kober** in der zweiten Auflage) (§§ 774 und 1225 jeder i. V. m. 412, 401).

b) Der zuerst Zahlende haftet allein (**Breits** erste Lösung).

2. Der Bürge ist bevorzugt

a) immer

α) **Strohal** und seine Anhänger (§§ 1256,2, 776),

β) **Lippmann** (§ 776).

b) nur wenn er zahlt, sonst anteilige Haftung (**Abrahamsohn**).

3. Beide haften anteilig:

a) besondere Meinung **Plancks**,

b) **Breits** zweite Lösung (§§ 1225 u. 774 i. V. m. § 426); **Schulz**.

4. Beide haften wie Gesamtschuldner nach § 426 (**Bendix, Cohn**).

1a) Die Ansichten **Biermanns** und **Endemanns** sind bereits dargelegt[1]).

b) über die beiden Lösungen **Breits** wird später zu reden sein[2]).

---

1) S. T. S. 36 f.

2) T. § 39 unter b.

2. Demgegenüber sprechen sich viele Schriftsteller dafür aus, daß der Bürge bevorzugt sei.

a) Unter diesen meint die größte Anzahl, der Bürge könne stets die Haftungslast auf einen anderen Sicherer abwälzen, sodaß also ein dinglicher Sicherer einem Bürgen gegenüber stets die Last tragen würde.

α Hier seien die Ausführungen **Strohals**, der zuerst diese Frage eingehend behandelt hat, auszugsweise wiedergegeben.

§ 34.

Prüfung der Ausführungen Strohals über den Bürgenschutz im allgemeinen.

Nachdem **Strohal** auf den Widerspruch der §§ 774, 412, 401 einerseits und §§ 1225, 774, 412, 401 andererseits hingewiesen hat, erklärt er sich gegen das Ergebnis **Plancks**, daß das Verhältnis des Drittverpfänders und Mitbürgen dann wie das von Mitbürgen zu betrachten sei, wenn der Verpfänder bezahlte. Dasselbe müsse doch auch gelten, wenn die Zahlung vom Bürgen zuerst vorgenommen werde[3]).

Der richtige Ausgangspunkt für die Lösung der Frage ist nach **Strohal** der Schutz, den das BGB. dem Bürgen angedeihen läßt[4]). Dieser zeige sich

1. in der für die Verbürgung erforderlichen Form (§ 766),
2. in der dem Bürgen gewährten Einrede der Vorausklage (§ 772),
3. endlich darin, daß dem Bürgen, welcher gezahlt hat, nicht nur die Klage aus dem Auftrag und der Geschäftsführung ohne Auftrag zustehe, sondern daß auf ihn die Rechte des Gläubigers von selbst übergehen (§ 774),
4. im § 776.

Zu diesen einzelnen Punkten ist zu bemerken:

Zu 1) Allerdings wird für die Bürgschaft schriftliche Form verlangt, dafür fordert aber auch das Gesetz für das Zustandekommen des Pfandrechts Uebergabe der Pfandsache. Wenn auch der gesetzgeberische Zweck der Uebergabe nicht die Warnung des Tradenten vor Uebereilung, sondern die Offenlegung des Besitzverhältnisses für den dritten Kreditgeber (wie etwa die Publizität des Grundbuchs im Immobiliarpfandrecht) sein mag, so hindert doch

3) S. T. S. 72 f. und § 39 unter 3 a.

4) So auch abgesehen von Strohals Anhängern, Abrahamsohn, S. 37.

tatsächlich die Bestimmung des Gesetzes auch den Verpfänder, ohne Ueberlegung für eine Schuld einzutreten.

Daher dienen sowohl die Uebergabe der Pfandsache wie auch das Schreiben des Schriftstückes dazu, jedermann vor unüberlegter Verpfändung wie Verbürgung zu bewahren.

Das Erfordernis der Schriftlichkeit ist übrigens in einem Punkte eingeschränkt: Soweit der Bürge freiwillig die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Vertrag nach § 766 gültig. Auch nach rückwärts ist es gleichgültig, ob der Leistende irrtümlich der Meinung war, eine Verpflichtung übernommen zu haben[5]).

Insofern mag aber **Strohal** Recht haben, als der Bürge noch mehr geschützt wird: Durch die Verbürgung soll dem „Leichtsinn des Wortes"[6]) vorgebeugt werden. Für die Bürgschaft ist die Schriftlichkeit schon wegen des späteren Beweises sehr nötig, aber auch sehr wertvoll, da man vielleicht im Zweifel sein kann, ob die eine Partei sich wirklich verbürgen wollte. So sagt **Cosack**[7]): „Bei bloß mündlichem „Gutsagen" ist schwer zu entscheiden, ob der angebliche Bürge sich wirklich hat binden oder nicht vielmehr den Hauptschuldner bloß unverbindlich hat empfehlen wollen."

Jedenfalls wird sich der Bürge beim Schreiben jedes Wort genau überlegen.

Der Verpfänder kann dagegen leicht in der Uebereilung eine Sache verpfändet haben, die er vielleicht nur verleihen wollte, ohne daß ihm der Beweis hierfür gelingt. Bei der mündlichen Abrede braucht nämlich das Wort „Verpfändung" nicht gesprochen zu sein[8]). In diesem Falle ist er natürlich im Nachteil, da er die rechtlichen Folgen seiner Verpfändung nicht überlegt haben wird.

2. Zum zweiten Punkte **Strohals** ist zu sagen, daß allerdings dem Bürgen, der nicht Solidarbürge ist, die Einrede der Vorausklage zusteht, während der Gläubiger das Pfand verkaufen kann, sobald die Forderung fällig geworden ist (§ 1228,2). Der Verpfänder wird lediglich durch § 1234 ein wenig geschützt, wonach der Verkauf vorher anzudrohen ist (Abs. 1) und nicht vor Ablauf eines Monats nach der Androhung erfolgen darf, vorausgesetzt, daß die Androhung nicht untunlich ist (Abb. 2).

Das dem Bürgen im § 771 gewährte Recht ist aber im § 773 sehr eingeschränkt. Abgesehen vom Verzicht des Bürgen, insbesondere im Falle der selbstschuldnerischen Bürgschaft (Satz 1) und der Wohnsitzänderung des Schuldners usw. (Satz 2), kann der Bürge die Ein-

5) Crome, § 295 S. 872 A. 37 und 38.
6) Wie T. A. 5.
7) § 158 S. 658 III 2a.
8) Vgl. Dernburg, § 265 S. 742.

rede auch nicht geltend machen, wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist (Satz 3) und „wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird" (Satz 4).

Da wir bei unserer Erörterung immer Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners annehmen müssen, kommt, wenn nicht Satz 3, so doch mindestens Satz 4 stets in Betracht.

Erwähnt sei auch noch, daß sowohl im HGB. § 349 als auch in der KO § 194 die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist, daß umgekehrt eine dem § 771 analoge Bestimmung zwischen Drittverpfänder und Gläubiger vereinbart werden kann.

Dennoch ist auch hier Strohal insofern Recht zu geben, als im allgemeinen der Bürge durch § 771 einen Schutz genießt, der dem Drittverpfänder fehlt.

3. Was Strohal weiterhin von dem Regreß des Bürgen ausführt (Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Forderungsübergang kraft Gesetzes), gilt in gleicher Weise auch vom Drittverpfänder. Dieser kann genau so gut aus besagten Rechtsgeschäften gegen den Schuldner vorgehen, wie nach § 1225 die Forderung kraft Gesetzes auf ihn übergeht. Darin liegt sicherlich keine Bevorzugung des Bürgen.

4. Zum Beweise des besonderen Bürgenschutzes führt Strohal schließlich den § 776 an. Allerdings besteht eine analoge Bestimmung für den Drittverpfänder nicht. Ueber Strohals Auslegung wird später[9]) zu reden sein.

Den Ausführungen **Strohals** über den Bürgenschutz läßt sich entgegenhalten:

Gesetzt den Fall, das BGB. hätte mit voller Absicht den Bürgen gegenüber einem dinglichen Sicherer in einer oder anderer Hinsicht bevorzugen wollen. Ist denn nun dann gesagt, daß es, ohne es auszusprechen, auch die Absicht hat, in aller und jeder Beziehung ihm den Vorteil zu gewähren? Soll deshalb der Bürge den alleinigen Vorzug auch beim gegenseitigen Regreß haben, indem er die Zahlung an den anderen ganz abschieben kann, der doch genau so gut ein Sicherer ist wie er? Könnte man hiergegen nicht sagen: eine ausgleichende Gerechtigkeit muß doch dem Drittverpfänder auch ein weniges zukommen lassen, und das kann ja beim gegenseitigen Regreß geschehen?

Dagegen kann man allerdings wieder einwenden, der Bürge hafte dafür auch persönlich, der Verpfänder dagegen nur mit dem Pfande. Nun kann aber ein Pfand genau so gut wie eine Bürgschaft,

9) s. T. S. 67 A. 11 und S. 70 ff.

für einen bestimmten Höchstbetrag haften[10]). Wenn nun die (nicht über den Wert des Pfandes hinausgehende) Pfandsollhaftung die gleiche Höhe hat wie die Höchstbetragsbürgschaft, der Gläubiger durch den Verkauf also nichts verlieren kann, — welcher Vorteil für den Drittverpfänder soll dann in der dinglichen Haftung des Pfandes liegen? Er verliert doch genau soviel wie der Bürge.

Alle diese Gesichtspunkte können herangezogen werden, um den Begriff, das Wesen und den Rechtscharakter von Bürgschaft und Drittverpfändung zu erläutern und gegenseitig abzugrenzen, sie beweisen aber nicht, daß das Gesetz den einen oder anderen in jeder Beziehung, also auch bei der Ausgleichung bevorzugen wollte.

Daher kann nur der reine Gesetzestext über die Ausgleichung dafür maßgebend sein, was das Gesetz vorhatte, nicht die Tatsache, daß es seine „schützende Hand" in dieser oder jener Beziehung über den Bürgen hält.

§ 35.

Strohal über § 1256,2.

Um zur Lösung zu kommen, geht **Strohal** vom Verhältnis des Bürgen zum Dritthypothekenbesteller aus. Befriedige der Bürge den Gläubiger, so könne er die Last der Schuld zweifellos auf das Grundstück abwälzen. Komme aber der Grundstückseigentümer mit der Befriedigung dem Bürgen zuvor, so gehe die Forderung nach § 1143 auf ihn über, der Eigentümer würde Eigentümer-Hypothekar. Befriedige der Bürge aber wieder diesen, so gelte § 774 und der Bürge erlange außer der Forderung gegen den Schuldner auch die Hypothek, also die Rechtsstellung, welche er erlangt haben würde, wenn er den Gläubiger zuerst befriedigt hätte. Sollte nun der Grundstückseigentümer seine Hypothek aufgegeben haben, so würde nach § 776 der Bürge insoweit frei, als er aus dem Grundstücke hätte Ersatz erlangen können. Diese befriedigende Lösung sei deshalb möglich, weil das Hypothekenrecht von selbst nicht erlischt und somit für den Bürgen der Eintritt in die Hypothek offen bleibt.

Ausgeschlossen sei nun die Fortdauer des Pfandrechts an einer beweglichen Sache nicht. Nach § 1256,2 gelte das Pfandrecht trotz des Zusammentreffens mit dem Eigentume als nicht erloschen, so weit der Eigentümer an dem Bestehen des Pfandrechts ein rechtliches Interesse hat.

Der Drittverpfänder habe daher die Wahl:

1. Entweder er entscheide sich dafür, die Sache als pfandfreie zu behalten. Dann verneine er ein rechtliches Interesse an dem

10) T. § 22.

Fortbestande des Pfandrechts und das Pfandrecht erlösche dann, — aber auch die Möglichkeit, gegen den Bürgen vorzugehen. Trifft der Drittverpfänder diese Wahl, so stehe er dem Gläubiger gleich, der das Pfandrecht zum Nachteil des Bürgen aufgebe und nach § 776 Befreiung des Bürgen herbeiführe [11]).

2. Die andere Möglichkeit sei die, die Geltendmachung des Gläubigerrechts gegen den Bürgen in Rechnung zu ziehen. Dann dürfe er aber nicht die Sache als eine pfandfreie behalten, sondern müsse dem Bürgen die Möglichkeit des Eintritts in die Gläubigerrechte offen lassen. Er bringe damit sein „rechtliches Interesse" zur Geltung und das Pfandrecht bestehe nach § 1256,2 fort. —

Wie man sieht, begünstigt **Strohal** den Bürgen auf jede Weise; zahlt er zuerst, so erwirbt er das Pfandrecht an der Sache eines Drittverpfänders. Letzterer kann sich später nicht mehr an den Bürgen halten, da mit dem Zusammentreffen von Recht und Verbindlichkeit die Bürgschaft erloschen ist. Zahlt jedoch der Drittverpfänder, so ist der Unglückliche auf jeden Fall geschädigt: Verfügt er über die Sache als pfandfreie, so wird der Bürge nach § 776 frei. Der Drittverpfänder hat also sein Pfand zurück, ist aber sein Geld los. Macht er hingegen sein „rechtliches Interesse" geltend, so kann der Bürge in seine Rechte eintreten, wenn er ihn befriedigt. Der Verpfänder hat dann also sein Pfand verloren. Deckt dieses die Forderung gerade, so ist das Ergebnis das gleiche: der Verpfänder ist um den Wert der Gläubigerforderung ärmer geworden. Ist es wertvoller als die Forderung, so wird er es als pfandfreies behalten, damit nicht durch Verkaufskosten usw. die ihm zurückzuerstattende überschüssige Summe verringert wird. Deckt es die Forderung nicht, so wird er sein rechtliches Interesse geltend machen [12]); — ein widersinniges Ergebnis!

Worin soll denn aber im ersten, dem regelmäßigen Falle, ein „rechtliches Interesse" bestehen, das Pfand zu behalten? „Interesse" heißt doch: Nutzen, Vorteil. Hat der Verpfänder irgend ein Interesse daran, sich vom Bürgen das Pfand sozusagen abkaufen zu lassen? Im Gegenteil, mit **Abrahamsohn** [13]) möchte man fast sagen, „der Verpfänder habe ein rechtliches Interesse daran, daß das Pfandrecht nicht weiter besteht, da er dann seine Pfandsache hat, und die Befriedigung des in Anspruch genommenen Bürgen aus dem Pfande unmöglich ist". Auch **Lippmann**, der im übrigen auf Strohals Standpunkt steht, sagt, es sei ein „ephemeres Interesse, damit der Drittverpfänder gegen den Bürgen auf Befriedigung und dann sofort der

11) Strohal läßt also erst hier den § 776 eintreten! Dagegen vgl. Lippmann, T. § 37.

12) Hier wäre der Bürge geschädigt, wenn er vom Verpfänder belangt würde. S. T. S. 46.

13) S. 20.

letztere wieder gegen den ersteren auf Rückgabe dieser Befriedigung klagen kann[14]). **Lippmann** hält diese Ausführungen **Strohals** über das „rechtliche Interesse" für den „schwächsten Punkt der Strohal'schen Beweisführung".

§ 1256,2 solle „einzig und allein nur den Fall treffen, daß die Pfandsache mit einem dem mit dem Eigentume vereinigten Pfandrechte nachstehenden Pfandrechte oder Nießbrauch belastet ist[15]) und hier sei objektiv ein rechtliches Interesse des Eigentümers an der Erhaltung seines Pfandrechts gegeben, während nach Strohal die Willkür des Pfandeigentümers, seine Wahl, entscheide.

Noch ein Gesichtspunkt ist anzuführen: Ist jeder Drittverpfänder ein so guter Jurist, daß er den Unterschied zwischen pfandversicherter und -freier Sache kennt und danach die in seinem Besitz befindliche Sache behandelt[16])?

Angenommen z. B., die Sache decke nicht die Forderung und der Verpfänder hätte bereits über sie als eine pfandfreie verfügt. Nun rechnet ihm jemand vor, daß er gewinnen könne, wenn er sein rechtliches Interesse an der Pfandversicherung kundgebe. Im Augenblick hafte er dem Bürgen für die ganze Forderung, im anderen Falle könne er sich das geringwertigere Pfand einlösen lassen und sei dann frei. Der Eigentümer sieht dies ein und macht die Verfügung rückgängig. Muß nun der Bürge die Pfandsache nachträglich einlösen, auch wenn er von dem Vorfall Kenntnis hat? — Muß überhaupt das „rechtliche Interesse" von Anfang an offensichtlich gemacht werden? Das Gesetz sagt doch: „Rechtliches Interesse hat" und nicht: „kundgibt". In dem Worte „hat" liegt, wie die oben angeführten Autoren richtig herausfühlen, etwas objektives. — Wie ferner, wenn der Drittverpfänder nichts von sich hören läßt? Kann dann der Bürge ihm einen Termin bestimmen, sich über Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des „rechtlichen Interesses" zu erklären?

Nach allem können auch wir uns mit der Strohal'schen Theorie über das „rechtliche Interesse" nicht befreunden.

---

14) S. 185.

15) Lippmann zitiert Mot. III S. 842; vgl. dazu auch Mugdan, Motive S. 470 unter 6 zu S. 842, ferner Planck zu § 1256 A., 3 S. 810; Staudinger zu § 1256, 2, b, α S. 1068; Endemann, II § 134 S. 898 A. 18; Abrahamsohn, S. 6; letzterer besonders gegen Plancks Ansicht, das Pfandrecht bliebe bestehen.

16) Auch Abrahamsohn (S. 19) meint, daß sich der Verpfänder derartige Gedanken meistenteils überhaupt nicht gemacht haben wird.

§ 36.
Anhänger Strohals.

Unter den Befürwortern des Strohal'schen Standpunktes ist zunächst **Koban** anzuführen, der sich am Schlusse seiner Schrift[17]) bedingungslos für Strohal erklärt. Besonders weist er auf § 1249 hin.

Auch **Martinius**[18]) stellt sich mit Strohal „ohne Bedenken auf den Standpunkt, daß im Verhältnis zwischen Bürgen und Drittverpfänder mit Rücksicht auf die §§ 776 und 1256,2 immer der letztere den leidtragenden Teil abzugeben hat".

Der Strohalschen Meinung ist auch **Crome**[19]). Er erklärt sich sowohl gegen die Prävention des zuerst Zahlenden, wie auch gegen den Regreß pro rata. Mitbürgen und Drittverpfänder ständen nicht wie Mitbürgen zueinander, da § 776 entgegenstehe. Wenn das Pfandrecht durch die Zahlung des Verpfänders erloschen sei, sei der Bürge frei. Der Verpfänder müsse also dem Bürgen das Pfand offen halten, wenn er Regreß nehmen wolle.

Schließlich sei noch **Sternberg**[20]) erwähnt, der in seinen Ausführungen schließlich auf den Strohalschen Standpunkt kommt und sich besonders gegen die Auffassung wendet, Bürge und Drittverpfänder seien Gesamtschuldner[21]).

§ 37.
Lippmann über § 776.

β) **Lippmann**[22]), der im Endergebnis Strohal zustimmt, ist mit seiner Begründung nicht einverstanden. Er wirft Strohal, abgesehen von seiner unrichtigen Auslegung des § 1256,2, vor, er habe dem § 774 den §§ 1143 und 1225 gegenüber ein Uebergewicht beigelegt, während jeder dieser Paragraphen doch nur einfache Fälle voraussetze, die völlig gleichberechtigt nebeneinander beständen. Mit Strohals Ansicht würde die Sache nie zur Ruhe kommen, da der Drittverpfänder, dem der Bürge im Regreß geleistet, sich wieder an den Bürgen halten könne, und so „**in infinitum** weiter"[23]). — § 776

17) a. a. O. S. 210 ff.
18) a. a. O. S. 543 f.
19) § 501 S. 851 A. 59.
20) a. a. O. S. 560 ff.
21) S. T. §§ 40 u. 41.
22) a. a. O. S. 180 ff.
23) Diese letzte Folgerung Lippmanns ist a limine abzuweisen, da die Bürgschaft durch die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erlischt, der Drittverpfänder also dann nicht mehr gegen den Bürgen vorgehen könnte. Siehe dagegen auch Abrahamsohn, S. 21

hingegen löse die Frage. Er gebe dem Gläubiger mehr als ein bloßes Regreßrecht. Der Bürge werde frei, wenn der Gläubiger Neben- oder Sicherungsrechte aufgebe, und zwar in Höhe des Wertes dieser Rechte. Der Bürge erhalte durch diesen Paragraphen, der für den Drittverpfänder fehle, bereits mit dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages nicht bloß ein Recht auf die vom Hauptschuldner gegebenen Sicherheiten, sondern ein Recht gegen die Person des Gläubigers selbst, der Bürge sei gewissermaßen mit dem Gläubiger solidarisch zu den Sicherheiten berechtigt. — § 776 spreche nun allerdings von einer freiwilligen und wohl auch unentgeltlichen Entäußerung seitens des Gläubigers. Es müsse aber auch eine Entäußerung gegen Entgelt unter § 776 begriffen werden, dann aber auch eine Entäußerung, wenn der Drittverpfänder den Gläubiger befriedigt.

Allerdings könne der Gläubiger die Zahlung des Drittverpfänders gar nicht zurückweisen, ohne sich Rechtsnachteile zuzufügen. Aber der Accent des § 776 liege nicht sowohl darin, daß der Gläubiger ohne Zwang gehandelt haben müsse, als vielmehr darin, daß ohne Genehmigung des Bürgen gehandelt worden ist. —

Wie man sieht, wendet Lippmann den § 776 schärfer und folgerichtiger an, als Strohal. Während nach letzterem § 776 erst in Geltung tritt, nachdem der Drittverpfänder nach Befriedigung des Gläubigers sein Pfand zurückerhalten und nun in der unangenehmen Wahl für die Freiheit seines Pfandes sich entschieden hat, gibt es Lippmann dem Bürgen von Anfang an in die Hand. Mit Entstehen der Bürgschaft ist durch § 776 dem Bürgen eine persönliche Garantie gegenüber dem Gläubiger gegeben, geltend machen kann sie der Bürge, sowie der Drittverpfänder dem Gläubiger Zahlung leistet. Schon in dieser Zahlung, die der Drittverpfänder genau so gut wie der Bürge vornehmen darf[24]), soll eine Beeinträchtigung des Bürgen liegen, weil gegen den Bürgen späterhin ein Regreß möglich ist, während in der Zahlung des Drittverpfänders in Wirklichkeit doch eine Erleichterung für den Bürgen liegt.

Wir möchten nun zur Erwiderung gegen **Lippmann**, der den § 776 in viel zu allgemeiner Weise[25]) auslegt, auf die eigentümliche Stellung des Gläubigers hinweisen:

Lehnt der Gläubiger die ihm von einem dazu berechtigten Dritten, hier also vom Drittverpfänder, angebotene Leistung ab, so

---

24) S. T. S. 12 f., 34 f. und 51 f.

25) Vgl. Planck, A. 1 zu § 776, der der Ansicht ist, die Bestimmungen des § 776 trügen einen durchaus positiven Charakter. Ebenso Abrahamsohn, S. 18. Sehr richtig meint dieser S. 22, nach Lippmanns Ansicht würden sämtliche Sicherheiten einer Forderung von der Eingehung der Bürgschaft an auch für diese Nebenverbindlichkeit verhaftet sein.

kommt er nach den Grundsätzen der §§ 293 ff. in Annahmeverzug und hat dessen Nachteile zu tragen (§§ 300 ff.). Ja, noch mehr: Wie wir[26]) ausführten, würde es gegen Treu und Glauben verstoßen, und er wäre dem Schuldner schadensersatzpflichtig, wenn er die ihm angebotene Zahlung ablehnte.

Sowie aber der Gläubiger die ihm vom Dritten angebotene Leistung angenommen hat, ist das Pfandrecht erloschen und der Gläubiger ist verpflichtet, das Pfand dem Verpfänder zurückzugeben (§ 1223). Würde der Gläubiger dies nicht tun, so wäre er im Leistungsverzug (§ 284 ff.) und hätte dessen Nachteile zu tragen (§ 286 ff.)[27]). Ja noch mehr, der Drittverpfänder könnte nach § 985 auf Herausgabe einer Sache klagen, die sich unrechtmäßig im Besitze des Gläubigers befindet, und er hätte nach § 292 das Recht, „von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an — wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe" Ansprüche zu erheben.

Zu beiden Handlungen, Annahme der Leistung und Rückgabe des Pfandes, ist also der Gläubiger verpflichtet, das gibt **Lippmann** schließlich zu. Nun soll aber der Accent des § 776 darauf liegen, daß diese Handlungen gegen den Willen des Bürgen geschehen. Das kann auf keinen Fall die Absicht des § 776 sein! Oben[28]) haben wir den Zweck und Inhalt des § 776 kurz dargelegt. Wir wir dort ausführten, soll der Bürge gegen willkürliches Aufgeben von Rechten geschützt werden. Auf dieser Willkür des Gläubigers, auf der Freiwilligkeit des Aufgebens ruht der Nachdruck des Gesetzes, nicht darauf, daß Handlungen, zu denen der Gläubiger gesetzlich gezwungen ist, gegen den Willen des Bürgen geschehen.

Sagen wir umgekehrt: Wenn der Gläubiger die Annahme einer Zahlung des Verpfänders verweigern würde, so kann unter Umständen der Bürge diese Ablehnung für sich geltend machen. Angenommen, der Drittverpfänder befinde sich zur Zeit des (vergeblichen) Anbietens der Leistung bereits in Zahlungsschwierigkeiten und er geriete späterhin in Konkurs und der Schuldner sei von Anfang an zahlungsunfähig gewesen. Nimmt der Gläubiger dann den Bürgen in Anspruch, so kann dieser einwenden, Zahlung sei dem Gläubiger ja schon angeboten, die dieser aber abgelehnt habe. Hier habe der Gläubiger den Bürgen indirekt geschädigt (z. B. wenn das

---

26) S. T. § 14 unter 4.

27) Soll nach folgerichtiger Durchführung der Lippmannschen Ansicht der Gläubiger nach § 285 entgegenhalten können, die Leistung müsse wegen eines Umstandes unterbleiben, den er nicht zu vertreten hätte (entgegenstehendes Interesse des Bürgen)?

28) S. T. § 14.

Pfand die Forderung nicht deckt). Kann nun nicht der Bürge den § 776 geltend machen?

U. E. kann § 776 demnach in allen Fällen, in denen der Gläubiger Zahlung annimmt, nicht in Betracht kommen, weder im Zeitpunkt der Zahlungsannahme und des dadurch hervorgerufenen Erlöschens des Pfandrechtes (**Lippmann**) noch in dem Zeitpunkte, in dem der Drittverpfänder sich für das Freiwerden des Pfandes entscheidet (**Strohal**). Eine befriedigende Lösung der Frage ist auf diese Weise zweifellos nicht erreicht worden.

§ 38.

Abrahamsohn über die Ausgleichung.

b) Eine ganz besondere Ansicht vertritt **Abrahamsohn**. Er gibt[29]) einen Ausgleich zwischen Verpfänder und Bürgen zu, wenn erſterer zuerst zahlt. Da das Verhältnis von beiden zu einander im Gesetze nicht festgestellt sei, müsse nämlich § 426 eingreifen. Anders entscheidet er[30]), wenn der Bürge zuerst zahlt. Er könne, da nach §§ 774, 412, 401 das Pfandrecht auf ihn übergegangen ist, nach § 1251 Herausgabe des Pfandes verlangen und sich aus diesem vollständig befriedigen. Auch ohne den § 774 käme man zu diesem Ergebnis, „da ein Ausgleichungsanspruch zwischen einer Person und einer Sache vom Gesetze nirgend statuiert ist".

Damit seien auch die Bedenken Strohals und Sellners bezgl. der Ansicht Plancks widerlegt[31]). Wenn auch bei Zahlung des Verpfänders zwischen diesem und dem Bürgen anteilige Haftung bestehe, so folge noch nicht das Umgekehrte, denn im zweiten Falle ständen sich nicht Bürgen und Verpfänder, sondern Bürge und Pfand gegenüber. So leugnet er auch einen Ausgleich zwischen mehreren Verpfändern.

Was die Hypothek anbelangt, so beschränkt sich nach Abrahamsohn der Anteil des Bürgen an der Haftung „auf den Teil der Schuldsumme, welchen er nicht durch Rückgriff auf das Grundstück nach §774 ersetzt erlangt". Wenn der zahlende Eigentümer nämlich Regreß gegen den Bürgen nehme, so erlange dieser nach § 774 die Hauptforderung nebst der Hypothek. Der Eigentümer habe also das Wahlrecht, zu zahlen, oder die Zwangsvollstreckung zu dulden.

Abrahamsohn stellt damit den Drittbypothekenbesteller schlechter als den Drittverpfänder, da er ersterem die ganze, letzterem, wenn er zuerst zahlt, nur eine anteilige Last aufbürdet. Er rechtfertigt diesen

29) S. 11 und 31 a. a. O.
30) S. 35 f.
31) S. T. S. 62 f. und 73.

Schluß damit, daß das Bestehenbleiben der Hypothek dem Eigentümer große Vorteile bietet[32]). Nicht nur sprachlich[33]), auch wirtschaftlich[34]) begründet Abrahamsohn diesen Standpunkt. —

Diese Lösung der Frage halten wir für gänzlich ausgeschlossen. Wenn der Verpfänder zahlt, soll nach § 426 eine anteilige Haftung eintreten, da „das Verhältnis zwischen Bürgen und Drittverpfänder im Gesetze nicht festgestellt ist"; und bei Zahlung des Bürgen soll dieser die Haftungslast dem anderen Sicherer ganz aufbürden, da hier dem Bürgen eine Sache, keine Person entgegenstehe. Dieser Konstruktion können wir keineswegs zustimmen. Wie wir bei Biermann usw. bemerkten, soll die Rechtsstellung eines Sicherers nicht davon abhängig gemacht werden können, ob er früher oder später als ein anderer Sicherer zahlt. Zweifellos kann dann auch die ganze rechtliche Konstruktion sich nicht anders gestalten! Einmal sollen wir es mit der Person des Drittverpfänders zu tun haben, wenn dieser zahlt, dann mit der Sache, dem Pfande, wenn der andere, der Bürge zahlt. Dies Ergebnis ist abzulehnen.

Auch die Ansicht über die Ausgleichung eines dritten Hypothekenbestellers einem Bürgen gegenüber ist u. E. nicht zu billigen[35]).

§ 39.

Planck und Breit.

3. a) Unter den Befürwortern eines Regresses pro rata könnte man **Planck** anführen. Der Drittverpfänder erwirbt nach ihm nämlich[36]) die Forderung nur anteilig. Planck führt nun bei der Besprechung der Bürgschaft nicht auch umgekehrt aus, daß der zahlende Bürge sich auch anteilig an den Verpfänder halten kann. Diese Inkonsequenz werfen **Strohal**[37]) und **Sellner**[38]) Planck vor. Dagegen verwahrt sich **Abrahamsohn**[39]).

b) **Breit** hat die Frage von einem völlig neuen Gesichtspunkte aufgefaßt.

Er bezweifelt, daß die entsprechende Anwendung des § 401, die der § 412 für den Fall der Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes vorschreibt, wirklich so ausnahmslos eintritt, wie es nach

32) S. 28.
33) § 11 S. 28 f.
34) § 12 S. 29 f. vgl. darüber T. § 44.
35) S. darüber näher T. § 41.
36) Zu § 1225 A. 1.
37) S. 374 f. T. S. 63.
38) S. 477.
39) S. 14 u. 36, vgl. darüber T. § 38.

§ 412 zu sein scheint. In einigen Fällen würde dieser Grundsatz sicherlich durchbrochen:

Einmal bei der Mitbürgschaft. Auf den befriedigenden Mitbürgen gehe zwar die Forderung gegen den Schuldner ganz, gegen alle übrigen Mitbürgen aber nur insoweit über, als er von ihnen Ausgleichung verlangen kann.

Ferner bei der Gesamthypothek. Befriedige der Eigentümer des einen belasteten Grundstücks den Gläubiger, so erwerbe er zwar die Forderung gegen den persönlichen Schuldner und die Hypothek an seinem eigenen Grundstücke, nicht aber die an den übrigen Grundstücken bestehenden Hypotheken, soweit er nicht Ersatz verlangen kann (§ 1173).

Zweifelhaft sei, ob das gleiche Prinzip in § 1225 statuiert sei.

Diese Fälle sind nun nach der Ansicht von Breit keine bloßen Ausnahmen von § 401, sondern sie sind als Grundlage für die Formulierung eines allgemeinen Satzes zu verwerten.

Breit behandelt dann den Fall (den Strohal und seine Anhänger nicht berücksichtigen), daß für die Schuld jemandes ungleichartige Drittverpfänder zusammen haften. Hier komme Strohals Theorie, daß der Bürge immer der bevorzugte sei, garnicht in Betracht. Die Hypothek bleibe dem Drittverpfänder zum Regreß offen und letzterer müsse nach § 1256,2 das Pfand für den dritten Hypothekenbesteller offenhalten. (Mit Strohals Auslegung des § 1256,2 ist also Breit einverstanden. Hier können wir der Ansicht Breits nicht zustimmen.)

Auf diese Weise gelange man zu einer Kette ohne Ende, da von einem „Mehrerlöschen" des Pfandrechts keine Rede sein könne.

Auf diesen Widerspruch hinweisend, legt Breit folgendes dar:

Strohals Beweisführung beruhe auf einer Umkehrung von Grund und Folge: Die Frage, ob ein Ausgleich zwischen Bürgen und Drittverpfänder stattzufinden hat, sei praejudiciell für die nach dem Uebergang der Sicherheit auf den befriedigenden Teil. Erst müsse stets die Frage geprüft werden, ob der Bürge für seine Leistung aus dem Pfande etwas verlangen könne und umgekehrt[40]).

Breit gibt dann einige Beispiele, aus denen hervorgeht, daß Abmachungen, auch stillschweigende, außerordentlich wesentlich sind, daß man insbesondere aus der Art der Rechtsgeschäfte manche Schlüsse ziehen kann. „Die Sicherheit folgt in allen diesen Fällen nur als ein Schatten dem Ausgleichungsanspruch."

Falls nun derartige Abmachungen fehlten, seien zwei Lösungen möglich:

---

40) So auch Schulz, S. 60.

1. Der formale Standpunkt, daß das BGB. eine Ausgleichungspflicht nur für die §§ 774 und 1225 kenne. Die Folge wäre, daß in allen anderen Fällen der Befriedigende die Zahlung niemals auf den anderen abwälzen könne. Man käme für diese dann zum umgekehrten Ergebnis wie **Endemann** und **Biermann**: Nicht derjenige hat die Last zu tragen, der den Gläubiger zuletzt (bezw. gar nicht) befriedigt, sondern der, der an ihn zahlt[41]).

2. Oder man sehe in den §§ 774,2 und 1225,2 den Ausdruck eines allgemeinen Prinzips, daß mehrere Sicherungspflichtige im Zweifel zum Ausgleich verbunden seien. Diese Ansicht könne man damit begründen, daß es wirtschaftlich gleichgültig sei, ob jemand als Bürge, Hypotheken- oder Pfandschuldner zahlt, die rechtliche Verschiedenheit der Institute sei belanglos. Auch könne der Wert der Sachen keine Rolle spielen, wie Martinius meint.

§ 40.

Bendix und Cohn.

4. Dieses zweite Ergebnis hält **Bendix** für annehmbar, — aber mit anderer Begründung. Nach seiner Ansicht kommt § 426 zur allgemeinen Anwendung, da beim Zusammentreffen von mehreren Sicherungspflichtigen ein Gesamtschuldverhältnis vorliege. In Höhe der Forderung, für die die Sicherheit hafte, sei jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger sei aber nur einmal sie zu beanspruchen berechtigt. Selbstverständlich sei diese Verpflichtung bei den fremden Mobiliar- und Immobiliarpfandschuldnern nur auf den Gegenstand der Pfandhaft beschränkt. Dies ändere aber nicht die Natur ihrer solidarischen Haftung. Sie haften nebeneinander mit dem Pfandobjekt für dieselbe Leistung auf das Ganze. Bendix gibt hierzu ein Beispiel aus dem Konkurs.

§ 426 sei daher auch im Verhältnis untereinander maßgebend. Die Sonderbestimmungen des §§ 774,2 und 1225,2 sollten gegenüber denen in Abs. 1 nur den Gegensatz des Verhältnisses der Sicherungspflichtigen zueinander scharf hervorkehren und die Anwendung des Prinzips auch in diesen Fällen zur Vermeidung jedes Zweifels sicherstellen. Ein solcher könnte schon aus dem subsidiären Charakter der Bürgenhaftung entnommen werden. Die Sicherungspflichtigen

41) Dieses Ergebnis ruft dieselben Ungerechtigkeiten hervor, wie das von Biermann, nur in umgekehrter Folge. Wie dort die Sicherer danach trachten würden, einander zuvorkommen, würde hier jeder gern dem anderen den Vortritt lassen, er würde die Zahlung hinauszögern bezw. den Gläubiger zu bestimmen suchen, sich an dem anderen zu halten. Auch hier würden unlautere Machenschaften hervorgerufen werden können.

verschiedener Art seien demnach im Zweifel gegenseitig zu gleichen Anteilen verpflichtet.

Auch **Cohn**[42]) meint, Bürgen wie Drittverpfänder seien Schuldner. Gesamtschuldner könne auch der sein, der mit einem anderen für eine Teilleistung hafte, in Höhe des Teils; auch solche seien Gesamtschuldner, die sich mit bestimmten Vermögensstücken für die Schuld verpflichtet haben.

§ 41.

Eigene Ansicht.

Zu der Ansicht von **Bendix** und **Cohn** ist folgendes zu sagen:

Mitbürgen haften dem Gläubiger gegenüber nach § 769 „als Gesamtschuldner". Wenn nun Drittverpfänder beweglicher und unbeweglicher Gegenstände im gegenseitigen Verhältnis, wie Gesamtschuldner ausgleichungspflichtig sind, so brauchen sie doch dem Gläubiger gegenüber keinesfalls Gesamtschuldner zu sein. Wie wir ausführten, hat das Pfandrecht Anklänge an das obligatorische Recht. Man darf aber nun wieder nicht zu weit gehen und dieses in seinem Grundcharakter dingliche Recht nicht ganz und gar zum obligatorischen Recht stempeln. Dies würde dann geschehen, wenn man Drittverpfänder als Schuldner auffaßte.

Dem Gläubiger haftet immer nur die bewegliche Sache bezw. das Grundstück, keinesfalls aber derjenige, der sie hingab.

Wenn § 769 für Mitbürgen bestimmt, daß sie „als Gesamtschuldner" hafteten, so ist dies in der persönlichen Haftung der Bürgen begründet. Für dingliche Sicherer fehlt eine solche Bestimmung, da sowohl § 1143 wie auch § 1225 sich nicht etwa auf § 769, sondern lediglich auf § 774 beziehen. Daß der Abs. 2 des § 774 und damit auch § 426 herangezogen wird, hat mit dieser Frage nichts zu tun, da uns hier nur das Außenverhältnis angeht. U. E. ist daher die Ansicht von Bendix und Cohn, Bürgen wie Drittverpfänder als Gesamtschuldner aufzufassen und sie deshalb anteilig haften zu lassen, abzulehnen.

Abgesehen davon wären die Bestimmungen der §§ 1143 und 1225 unnötig, wenn schon nach den allgemeinen Grundsätzen des § 426 eine Ausgleichung einträte[43]).

Dagegen sagt uns die zweite Lösung **Breits** zu.

Aus den §§ 774,2 und 1225,2 ist ein allgemeines Prinzip zu entnehmen, dritte Sicherungspflichtige, ob persönliche oder

42) a. a. O.
43) Abrahamsohn, S. 14 f.

dingliche, zum Ausgleich heranzuziehen. Mögen die Rechtsinstitute noch so verschieden sein und das Verhältnis zum Gläubiger wegen des Unterschiedes der persönlichen und dinglichen Sicherung eine noch so scharfe Begrenzung erfahren müssen, — untereinander sind Bürgen und Pfand„bürgen" alle vor dem Gesetze gleich, sie sind, jeder wie der andere, für einen fremden eingetreten, gleichgültig, aus welchen Motiven, gleichgültig, ob aus Hoffnung auf ideellen oder materiellen Gewinn. „Ob jemand als Bürge, Hypothekenschuldner oder Pfandschuldner zahlt, ist wirtschaftlich gleichgültig: gebietet es in dem einen Falle die Billigkeit, einen Ersatzanspruch gegen den Mitverpflichteten zu gewähren, so auch im anderen"[44]). Ueber dieses wirtschaftliche Moment noch einige Worte.

---

44) Breit, S. 293.

Anhang.

Wirtschaftliche Begründung.

§ 42.

Bürgschaft und Pfandbestellung als Unterarten des Kredits. Dessen volkswirtschaftliche Bedeutung.

In der vorstehenden Abhandlung wurde von zwei Rechtsinstituten gesprochen, die für das materielle Recht große Bedeutung haben. Aber auch in der Volkswirtschaftslehre spielen beide eine hervorragende Rolle. Beide Arten der Sicherung für einen anderen, Bürgschaft wie Pfandbestellung, gehören zu dem großen und weit ausgedehnten Begriffe des Kredits. Dessen Bedeutung sei zunächst kurz hervorgehoben.

Kredit[1]) ist in seiner ganz allgemeinen Bedeutung ein gewisser Vertrauensakt[2]) [3]) des Kreditgewährenden dem Kreditnehmer gegenüber. **Schanz**[4]) definiert den Begriff als „das Vertrauen, daß eine für eine Leistung versprochene Gegenleistung erfüllt werde, also auch erfüllt werden könne bezw. müsse", **Philippovich**[5]) als „ein Verhältnis,

---

1) Ueber die Ableitung von credere und creditum s. Roesler, a. a. O. S. 296, Cohn, S. 573 und Schäffle, S. 289.

2) Knies hält in der Zeitschr. für die ges. Staatsw. Bd. 15 S. 578 f. (zitiert nach Cohn, S. 573) das Vertrauen für unwesentlich und meint u. a.: „Ist es denn wirklich der Mühe wert, in dem ganzen, nur mit landläufiger Vorsicht gewährten, Realkredit (und gar im Kredit auf Faustpfand) von einem Vertrauen mit besonderer Betonung zu reden?" Vgl. dagegen Cohn, S. 574ff., der darauf hinweist, daß allerdings beim persönlichen Kredit mit stärkerer Betonung von einem Vertrauen geredet werden muß, als beim Realkredit. Gegen Knies auch Wagner. — Auch nach Schäffle (S. 286) geht die Definition von Knies zu weit.

3) Schmollers Definition geht noch weit über den Vertrauensbegriff hinaus, er spricht a. a. O. S. 196 vom „Inbegriff der psychologisch-geschäftlichen Voraussetzungen und der in Sitte und Recht wurzelnden Beziehungen und Einrichtungen der Volkswirtschaft, welche entgeltliche leihweise Güterübertragungen mit zeitlich differenzierter Leistung und Gegenleistung herbeiführen".

4) a. a. O. S. 190.

5) § 94 S. 321.

vermöge dessen die eine [Person] auf Grund ihres bereits erfolgten Leistung (Güterübertragung, Zahlung als Arbeitsleistung) von der anderen eine in dieser Leistung begründete Gegenleistung zu fordern hat . . . Der Kredit ist stets ein Vertrauensverhältnis". **Conrad**[6]) nennt den Kredit „das Vertrauen, welches jemand genießt, daß er seinen Verpflichtungen nachkommen wird," **Roscher**[7]) „die freiwillig eingeräumte Befugnis, über fremde Güter gegen das bloße Versprechen des Gegenwertes zu verfügen," **Rösler**[8]) „den freiwillig gestatteten Aufschub einer Schuldtilgung", **Mac Culloch**[9]) „**the trust or confidence placed by one individual in another, when he assigns him money, or other property in loan, or without stipulating for its immediate payment.**"

Dieses Vertrauen kann nun aus ganz verschiedenen Beweggründen entstanden sein. Abgesehen von dem ganz idealen „Sichverlassen" auf den guten Willen des Schuldners zur Leistung wird sich das Vertrauen gründen auf seine Leistungsfähigkeit[10]). Eine Unmenge kaufmännische Börsen- und Bankgeschäfte beruhen hierauf. Natürlich darf niemand, besonders nicht der Kaufmann bei größeren Handelsgeschäften, die nötige Sorgfalt außer Acht lassen, das Vertrauen darf nicht ins Unermeßliche gehen. Einmal muß sich der Gläubiger auf die Gerichte und deren Vollstreckungsorgane verlassen können, die einen säumigen Schuldner zur Erfüllung der Leistung zu zwingen vermögen[11]). Schließlich aber, und dies kommt für uns hier in Betracht, genügt das Vertrauen auf den Schuldner allein nicht mehr, sondern es erstreckt sich auf dritte Personen (Bürgen) oder gar darauf, daß aus gewissen Vermögensstücken, die der Schuldner oder ein Dritter hingegeben hat, bei Nichtzahlung des Schuldners eine Befriedigung erfolgen kann. Im letzteren Falle spricht man im Zivilrecht allgemein von „Real"kredit, im ersteren von „Personal"kredit. Diese zivilrechtliche Begriffsbestimmung stimmt jedoch mit der nationalökonomischen nicht ganz überein. So bezeichnet „Personalkredit" in der Volkswirtschaftslehre auch das bloße Sichverlassen auf den Schuldner. So spricht **Schanz**[12]) vom „reinsten Personalkredit", wenn der Darlehnsgeber „die persönlichen Eigen-

6) a. a. O. S. 114.
7) Buch III Kap. II § 94 S. 280.
8) S. 295.
9) a. a. O. S. 467.
10) Conrad, S. 114; Roscher, S. 280 f.: „Disponibilität seines Vermögens".
11) Vgl. Conrad, S. 114, der sein Ergebnis dahin zusammenfaßt: „Der Kredit beruht mithin auf dem Vertrauen, daß der Schuldner zahlen kann, zahlen will, ev. daß er zahlen muß. S. auch Schmoller, S. 197; Schäffle, S. 288: „Das Vertrauen ist moralischer Begleiter des Kredits".
12) S. 191.

schaften des Entleihers, seine Fähigkeiten, Geschäftskenntnis, Rechtschaffenheit" berücksichtigt. Später heißt es dann: „. . . . ferner sind die Bürgschaften, die solidarischen Haftungen für den Personalkredit wichtig"[13]).

Roesler[14]) geht bezüglich der Begriffsbestimmung des Realkredits weiter und bezieht die Bürgschaft mit hinein.

Der Realkredit kann, wie wir in unserer Abhandlung darlegten, durch ein Faustpfand sowie durch eine Hypothek begründet werden. Hier braucht das Vertrauen in die Person des Schuldners gar nicht vorhanden zu sein, ja, der Gläubiger braucht den Schuldner nicht einmal zu kennen[15]). Das Vertrauen tritt hier aber in anderer Beziehung hervor, „nämlich in Bezug auf die Dauer der verpfändeten Sache, auf die Beständigkeit ihres Wertes, auf die ev. Möglichkeit oder Leichtigkeit ihrer Umwandlung in Geld; man kann also wohl auch für den Realkredit mit **Leroy-Beaulieu** das Vertrauensmoment als Voraussetzung des Kredits gelten lassen"[16]).

§ 43.

Vorteile und Nachteile des Kredits.

Daß die Kreditgewährung von außerordentlichem Vorteil für den Schuldner ist, ja, daß sie einen hochbedeutsamen Wertfaktor für die Volkswirtschaft darstellt, ist genugsam anerkannt worden.

So sagt **Schanz**[17]):

„Der eminente Nutzen des modernen Kreditwesens liegt in folgendem: Vor allem sichert es den steten Gang der Produktion, erleichtert den Absatz der Produkte und vermehrt die Umsätze. Würde die Produktion immer nur im Ausmaß barer Mittel funktionieren können, so würde sie nur stoßweise und unter den größten Störungen erfolgen, da Absatz und Zufluß nie in ununterbrochener Kette sich vollzieht . . . . die Bedürfnisse der Gegenwart und Zukunft gleichen sich besser aus; der einzelne ist nicht mehr von der momentanen Zahlungsfähigkeit abhängig, sondern kann zugleich auf Grund seiner künftigen Einnahmen handeln. . . ."

Roscher[18]) führt aus:

„Der Kredit erleichtert die Uebertragung der Produktionsfaktoren, zumal der Kapitalien, aus einer Hand in die andere. Wenn

---

13) Vgl. auch Conrad, S. 119, Schmoller, S. 187 f. unter E und Roesler, S. 280 f.
14) S. 298.
15) Schanz, S. 191, der als Beispiel öffentliche Pfandhäuser anführt.
16) Schanz, a. a. O.
17) S. 192.
18) § 95 S. 283 f.

nur der Schuldner das Kapital produktiver anwendet, als der Gläubiger getan haben würde, so ist dies ein Vorteil für die ganze Volkswirtschaft. . . ." [19]).

Selbstredend darf man aber auch den Kredit nicht überschätzen, insbesondere muß man auch die Nachteile in Rechnung ziehen, die bei übermäßiger Anwendung entstehen.

So meint **Roscher**[20]), der Kredit könne neue Kapitalien ebensowenig schaffen wie die Arbeitsgliederung neue Arbeiter. Er bezieht sich auf den Turgot'schen Satz: „Tout credit est un emprunt" und sagt: „Jedem Kredit des Gläubigers entspricht das Debet des Schuldners . . . ." später[21]) meint er, der Kredit könne für die Volkswirtschaft dann kein Vorteil sein, „wenn z. B. der Gewerbetreibende dem Müßiggänger, der Sparsame dem Verschwender, der Solide dem Schwindler vorschießt".

Mill sagt[22]):

„Credit has a great, but not, as many people seem to suppose, a magical power; it cannot make something out of nothing. How often is an extension of credit talked of as equivalent to a creation of capital, or as if credit actually were capital."

Schanz[23]) wendet sich bei Besprechung der Ueberschätzung des Kredits besonders gegen Macleod (Elements of political economy und Theory and practice of banking), der im Kredit ein neues Kapital und einen selbständigen Produktionsfaktor" erblickte[24]), derjenige nämlich, der Kredit erhalte, mache einen Gewinn, den er ohne den Kredit nicht hätte machen können. Schanz macht demgegenüber geltend, „volkswirtschaftlich entstehe durch den Kreditvorgang selbst unmittelbar kein neues Kapital . . . was der eine an Kapital gut hatte, geht an einen anderen über; das Forderungsrecht selbst wird durch die Schuld des anderen kompensiert. — Auch die großen Schattenseiten des Kredits, besonders die Mißbräuche der Spekulation hebt **Schanz** hervor[25]). Auch **Conrad** wendet sich gegen die Ansicht,

---

19) Vgl. u. a. auch Conrad, § 39 S. 120 ff.; Schäffle, S. 290 ff.; Schmoller, S. 196 ff., bes. S. 197 a. E. gegen Marx.

20) § 95 S. 283. Auch Cohn meint S. 596: „Kredit ist weder Kapital noch bringt er Kapitalien hervor".

21) S. 284, ähnlich Schmoller, S. 197; s. auch Schäffle, S. 301 ff.

22) a. a. O. S. 36.

23) S. 192.

24) So auch Perry und John Law. S. Conrad, S. 123. Ueber Macleod auch Schäffle, S. 286 ff. — Auch Schmoller hebt (S. 196) hervor, daß der Kredit nicht Kapital erzeuge, „sondern nur Forderungen, Kreditpapiere und -urkunden".

25) S. 192 f.; vgl. auch Conrad, S. 117 ff.

daß eine Kreditoperation Kapital erzeugen könne[26]), nicht eine Verdoppelung der betr. Summe trete ein, sondern diese werde (durch Wechsel, Papiergeld usw.) zu einer doppelten Funktion gebracht. Gleichzeitig wendet Conrad sich aber auch gegen **Mill**, welcher sagt: „Der Kredit ist an sich keine produktive Macht".

§ 44.

Ausgleichung unter Drittkreditgebern.

Nachdem wir auf die Bedeutung des Kredits hingewiesen haben, kommen wir zum eigentlichen Thema: Ausgleichung unter Drittkreditgebern[27]) wieder zurück.

Eine kurze Betrachtung soll uns zeigen, daß die von uns juristisch dargelegte Entscheidung: „Gleichanteilige Haftung mehrerer Sicherer einer fremden Forderung" auch vom volkswirtschaftlichen Standpunkte aus ihre Berechtigung hat.

Abrahamsohn hat im § 12[28]) seiner Ausführungen zu zeigen versucht, daß sein Endergebnis[29]) für den Nationalökonomen zu billigen sei. Es soll also auch von diesem Gesichtspunkte aus gerecht sein, daß ein vom Gläubiger belangter dritter Hypothekenbesteller die Last der Schuld stets zu tragen hat, wenn der Schuldner zahlungsfähig ist, während ein dritter Verpfänder einer beweglichen Sache nur dann den vollen Schaden hat, wenn der mit ihm haftende Bürge vom Gläubiger belangt wird und sich an das Pfand hält. Geht der Gläubiger aber zuerst gegen den Drittverpfänder vor, so soll dieser nur den halben Schaden tragen, denn dann kann er sich zur Hälfte an den Bürgen halten.

Abrahamsohn findet dies Ergebnis aus folgenden Gründen gerecht:

Der Zweck der Einlösungszahlung sei beim Faustpfand ein anderer als bei der Hypothek. Ersteres sei der tatsächlichen Verfügungsmacht des Verpfänders entzogen (§§ 1205 u. 1253 BGB.). Der Tauschwert der Sache sei für den Verpfänder sehr schwer realisierbar, der Gebrauchswert sei ihm, sowie dem Pfandgläubiger entzogen, denn die Verwahrung (§ 1215) schließe den Gebrauch aus, die Sache sei also totes Kapital. Es liege also nicht nur im Interesse des Verpfänders, sondern auch im allgemeinen ökonomischen Interesse,

---

26) S. 123 f.

27) Diesen Ausdruck halten wir für den richtigsten, da der Bürge oder Drittpfänder, der den Gläubiger zu der Kreditierung veranlaßt oder sie wenigstens beeinflußt hat, dem Schuldner gegenüber wieder ein Kreditgewährender ist.

28) S. 29 f.

29) Dies ist T. § 38 dargelegt.

einen solchen Zustand auf möglichst kurze Zeit zu beschränken. Bei der Hypothek dagegen mache sich das Recht des Gläubigers kaum fühlbar. Also brauche der Dritthypothekenbesteller nicht so gut gestellt zu sein, als der Mobiliardrittverpfänder.

Abrahamsohn bezeichnet einen verpfändeten Gegenstand als „totes Kapital".

Hiergegen ist folgendes zu erwidern: Abrahamsohn scheint als selbstverständlich vorauszusetzen, daß jede verpfändete Sache, als sie im Besitze des Verpfänders war, in jedem Zeitpunkte ihrem Zwecke diente, daß sie hier einen realisierbaren Gebrauchswert hatte. Dies ist keineswegs der Fall. **Pohlmann-Hohenaspe**[30]) hat u. E. sehr überzeugend die Richtigkeit folgenden Satzes dargetan: „Eine Sache hat erst dann ihren vollen Wert, wenn sie dahin kommt, wo man sie braucht. Die Tatsache, daß sie produziert worden ist, bedeutet noch gar nichts."

Hierin stimmen wir **Pohlmann** bei. Die Gegenstände, die an der unrechten Stelle sich befinden[31]), die nicht zu ihrem bestimmungsgemäßen Gebrauche gelangen können (und wenn dieser auch in ihrer Vernichtung besteht), — diese sind totes Kapital. Von totem ("schlafendem oder müßigem") Kapital spricht man nämlich dann, „wenn es seinem Zweck tatsächlich nicht dient"[32]). Ist denn nun anzunehmen, daß eine jede für eine fremde Schuld verpfändete Sache im bestimmungsgemäßen Gebrauche des Drittverpfänders gestanden hat, oder besser: daß sie für diesen überhaupt einen augenblicklichen Gebrauchswert hatte? Im Gegenteil! Wenn jemand eine Sache für die Schuld eines anderen verpfändet, so wird er doch, so „teuer" der Gegenstand auch sonst sein mag, wenn irgend möglich, einen solchen weggeben, der für ihn keinen (oder augenblicklich keinen) Gebrauchswert hat. Dem Gläubiger hingegen ist dieser Gebrauchswert, den die Sache für den Verpfänder hat, gleichgültig. Für ihn ist, da er die Sache ja nicht gebrauchen darf, lediglich der reelle Wert, d. h. der Wert maßgebend, den sie unter dem kauflustigen Publikum hat und den er aus einer Versteigerung event. herausbekommen kann. Und hier ergibt sich ein Gesichtspunkt, den u. E. Abrahamsohn übersehen hat. Gerade durch die Versteigerung wird die Sache in der Regel dahin gelangen, wo man sie braucht. Der Ansteigerer hat durch eine freiwillige Wahl die Sache erworben. Er wird doch sicherlich ohne weiteres keine Sache sich zuschlagen lassen, die für ihn keinen Gebrauchswert hat. Jedenfalls besteht eine ebenso geringe Möglichkeit, daß der Drittverpfänder einen Gegenstand weggibt, der für ihn

30) a. a. O. S. 26 ff.
31) Vgl. die Beispiele S. 30 ff.
32) Wagner, a. a. O. § 133 S. 320.

großen Gebrauchswert hat, wie eine solche, daß der Ansteigerer zu einem Gegenstand sich den Zuschlag erteilen läßt, der für ihn nur geringen Gebrauchswert hat. —

Es ist schwer, hier Beispiele anzuführen, denen man eine allgemeine Bedeutung beimessen könnte und aus denen man seine Schlüsse zu ziehen vermöchte, denn es wird ein Gegner unserer Ansicht sehr leicht wieder solche finden, aus denen das Entgegengesetzte hervorgeht. Es sind eben der Gründe zu mannigfaltige, die jemanden bewegen, für fremde Schuld Gegenstände zu verpfänden, wie auch, solche in einer Versteigerung zu erwerben. Aber auch der Begriff des subjektiven Wertes, insbesondere des Gebrauchswertes, ist derartig schwankend für die verschiedenen Völker und unter diesen für die einzelnen Berufsklassen, ja, für jeden einzelnen Menschen, daß es schwer fällt, es hier mit Beispielen zu versuchen. Dennoch sei uns gestattet, einige anzuführen:

Ein Gelehrter hört, daß ein Freund von einem Gläubiger bedrängt wird. Er will helfen, indem er letzterem ein Pfand zu geben verspricht. Wird nun der Gelehrte lieber einen Gegenstand aus Gold oder Silber hingeben, den er vielleicht in seinem Leben noch nicht gebraucht hat und der noch ferner unnütz im Schranke stehen wird, — oder ein dickleibiges Buch, in dem er gerade studiert, und dessen Anschaffungspreis derselbe ist?! Die Antwort hierauf ist wohl gerade so leicht, wie die auf die Frage, welchen Gegenstand der Gläubiger lieber nehmen wird. — Würde das Buch verpfändet, so würde es nicht nur dem bestimmungsgemäßen (wenigstens dem ergiebigsten) Gebrauche entzogen, sondern bei der Versteigerung wohl nicht so viel einbringen. Kommt also die Pfandsache zur Versteigerung, so wird der Eigentümer sich in den Verlust der „Wertsache" besser und schneller finden als in den seines kostbaren Buches. Letzteres ist nun wieder für die große Masse nichts wert, und der Gläubiger hätte vielleicht umsonst auch nur einen Teil der Forderung aus ihm herauszuholen versucht. Durch die Versteigerung kommt hingegen die Wertsache in den Besitz jemandes, der sie sicherlich mehr braucht und auch gebrauchen wird als der Gelehrte. — Ist das Kapital nun ein totes? Im Gegenteil: erst jetzt ist es zum Leben erweckt worden [33]).

Ein anderes Beispiel: Ein Bauer wird lieber einige beim Graben gefundene „wertvolle" alte Vasen zum Pfand geben, als einige seiner Arbeitsgeräte. Erstere stehen unnütz in seiner Wohnung herum und müssen sorgsam behandelt werden. Bis ein Fachmann kommt, der den wahren Wert abzuschätzen vermag, kann geraume

33) „. . . der Wert eines Gegenstandes liegt . . . in seiner Bewegung, ebenso wie das Blut im menschlichen Körper nicht deshalb wertvoll ist, weil es vorhanden ist, sondern weil es sie bewegt!" Pohlmann, S. 31.

Zeit verstreichen. Im Falle einer Versteigerung haben die Pfandsachen Aussicht, dahin zu gelangen, wo man sie braucht; in die Sammlung eines Kunstkenners, in ein Museum usw., — jedenfalls wird der Ersteher in den meisten Fällen die Sache besser gebrauchen können, als der Verpfänder. Dieser wieder wird die Sachen lieber verlieren, als solche, die er gebraucht oder gar Bargeld. Er wird sich aber keinesfalls dazu drängen, dem „toten" Kapital wieder in seiner Hand neues Leben einzuhauchen.

Mag man nun, wie gesagt, wieder viele Fälle anführen können, in denen das Pfand in der Hand des Gläubigers wirklich „totes Kapital" wird, — jedenfalls ist es unrichtig, eine scharfe Grenzlinie zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zu ziehen und aus der Tatsache, daß bei ersteren dem Verpfänder wie dem Pfandgläubiger der Gebrauch der Sache entzogen ist, für alle Fälle von „totem Kapital" zu reden, dessen Wiederbelebung vom nationalökonomischen Standpunkte zu wünschen wäre. Angesichts der überaus mannigfachen Arten der beweglichen verpfändbaren Sachen, insbesondere der sehr verschiedenen und veränderlichen Weise, wie ihr Wert berechnet und geschätzt wird und wie ihre Brauchbarkeit steigen oder sinken kann, läßt sich ein so allgemeiner Satz gar nicht aufstellen.

Wir wollen aber von diesem Punkte einmal ganz absehen und annehmen, die Sache habe für den Drittverpfänder wirklich einen außerordentlich großen Gebrauchswert und es käme ihm darauf an, sie möglichst schnell der Pfandverstrickung durch den Gläubiger zu entziehen. Wir müssen hier verschiedene Fälle unterscheiden:

a) Der Drittverpfänder haftet mit einem Bürgen zusammen. Der Verpfänder wird sich nun zur Zahlung drängen, wenn die Sache nach seiner Schätzung einen größeren subjektiven Gebrauchswert für ihn hat als die objektive Höhe der Forderung beträgt. Nun erhält der Verpfänder nicht nur seinen wertvollen Gegenstand zurück, sondern noch dazu die halbe Forderung gegen den Bürgen. Wäre dieser zum Gläubiger hingeeilt, um ihn zu befriedigen, so hätte er lediglich die für ihn nicht gebrauchsfähige Pfandsache erworben und wäre bald vom Verpfänder befriedigt worden. Dadurch ist der Bürge frei und der Verpfänder hat das Geld verloren. Dem Bürgen ist also zu raten, so schnell wie möglich zu zahlen, — aber nur, wenn er bestimmt weiß, daß der Verpfänder die Sache gebraucht. Im anderen Falle, auch schon, wenn die Sache einen nur mittelmäßigen Gebrauchswert hat, ließe dieser ihn warten. Es wäre hier also nicht nur der schon erwähnte Wettlauf wieder zu beobachten, sondern es müßte dem Bürgen sogar noch daran liegen, Auskünfte über den Wert und die Gebrauchsfähigkeit der Pfandsache einzuziehen, — kein empfehlenswertes Ergebnis!

b) Nimmt man nun zwei Drittverpfänder, so wird derjenige von ihnen, für den die Sache den oben erwähnten größeren Gebrauchswert hat, diese einlösen. Gleichzeitig erhält er aber die Sache des anderen Verpfänders, die er nicht gebrauchen darf, als „totes Kapital"! — Würde dieser nun dem anderen zahlen, so wäre das Ergebnis, abgesehen von dem Personenwechsel, dasselbe. Haben beide Sachen aber nur geringen Gebrauchswert, so werden beide Verpfänder mit der Zahlung warten. Nach unserer Ansicht ist dies insofern unbedenklich, als die Sachen durch eine Versteigerung in die rechten Hände kommen können, — nach Abrahamsohn ist das Kapital aber tot. Und wenn nun gar der Gläubnger, der den Gebrauchswert der Sache für die Verpfänder nicht abzuschätzen gezwungen ist, und der den Verkauf einer der Sachen angedroht hat, gerade diejenige verkauft, die den „größeren Gebrauchswert" für den Eigentümer hatte? Es ist doch möglich, daß dieser die Sache aus irgend einem Grunde nicht eingelöst hat, vielleicht, weil er nicht konnte! Dies wäre doch auch nach Abrahamsohn vom nationalökonomischen Standpunkte aus zu bedauern. Kurz und gut: Man müßte stets dem Drittverpfänder raten, niemals Sachen von Gebrauchswert zu verpfänden — das wäre ja nun allerdings vom nationalökonomischen Standpunkte aus zu begrüßen, ist in der Praxis aber nicht durchzuführen. Jedenfalls halten wir auch dieses Ergebnis für ungerecht, da es den Drittverpfänder, der eine für ihn brauchbare Sache verpfändet, zu ungünstig und zu unsicher stellt.

c) Soll es nun schließlich vom volkswirtschaftlichen Standpunkte aus zu rechtfertigen sein, daß dritte Hypothekenbesteller gegeneinander und gegenüber anderen Sicheren keinen Rückgriff haben? Mögen auch derartige Verträge meistens auch in allen Einzelheiten schriftlich und durch das Grundbuch festgelegt werden, mag auch, wie Abrahamsohn richtig betont, der Hypothekenbesteller im Besitz und ruhigen Genuß seines Grundstücks bleiben, — im Prinzip ist es jedoch keinesfalls zu billigen, daß der eine dem Zugriff des Gläubigers ausgesetzt ist, während der andere nichts zu fürchten hat. Von allen Drittkreditgebern gibt der dritte Hypothekenbesteller den sichersten Kredit, er gewährt den sichersten Rückhalt. Ein Bürge kann zahlungsfähig, ein Pfand kann unbrauchbar werden, aber der Grund und Boden bleibt bestehen. Warum will man gerade hier den dritten Kreditgeber in eine ungünstige Stelle drängen?! Im Gegenteil: Vom wirtschaftlichen Standpunkte ist es geradezu wünschenswert, daß d i e s e Drittkreditierung möglichst erleichtert wird. — —

Wir glauben dargetan zu haben, daß man Bürgen gegenüber Drittverpfändern oder gar unter diesen wieder die Verpfänder beweglicher und unbeweglicher Sachen in ihren Ausgleichungsansprüchen

nicht verschieden behandeln soll. Sie alle treten ein für einen Dritten und es ist u. E. für das Innenverhältnis der Drittkreditgeber ganz gleichgültig, ob sie mit ihrer Person oder mit bestimmten Wertgegenständen eintraten. Nur wenn alle Drittkreditierer die gleiche Aussicht auf einen vielleicht eintretenden Verlust haben, wird eine in jeder Hinsicht zufriedenstellende Lösung erreicht werden.

L
V
B